

# La Responsabilité Civile et Pénale des Commissaires dans les Sociétés Anonymes

par

**Lucien ISSELÉ**

Expert-Comptable breveté par l'Etat

Commissaire de Sociétés agréé par les Cours de Paris et de Colmar

---

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue le 11 Janvier 1941

---

MEMBRES DU JURY

Président de thèse : **M. J. PERCEROU**

Assesseurs : **MM. M. PICARD et J. RAULT**

---

Imprimerie de l'Est  
**CHAUMONT**

---

1941





# La Responsabilité Civile et Pénale des Commissaires dans les Sociétés Anonymes

par

**Lucien ISSELÉ**

Expert-Comptable breveté par l'Etat

Commissaire de Sociétés agréé par les Cours de Paris et de Colmar

---

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT  
présentée et soutenue le 11 Janvier 1941

---

MEMBRES DU JURY

Président de thèse : **M. J. PERCEROU**

Assesseurs : **MM. M. PICARD et J. RAULT**

---

Imprimerie de l'Est  
CHAUMONT

—  
1941



*La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.*





## INTRODUCTION

---

« La responsabilité tend à occuper le centre du droit civil, donc le droit tout entier ; en chaque matière, dans toutes les directions, c'est à elle que l'on aboutit, dans le droit public comme dans le droit privé, dans le domaine des personnes ou de la famille comme dans celui des biens ; il est de tous les instants et de toutes les situations ; il devient le point névralgique commun à toutes nos institutions. »

Ainsi s'exprime l'un de ceux (1), parmi les juristes, qui connaît le mieux les questions de la responsabilité, dans la préface qu'il a écrite à l'excellent ouvrage de M. André Brun (Rapports et domaines des responsabilités contractuelles et délictuelles).

L'absorption des règles du droit par celle de la responsabilité est en effet un des phénomènes les plus curieux de l'évolution de la science et de la pratique juridique depuis le commencement du vingtième siècle, et la théorie de la responsabilité est devenue une des matières les plus intéressantes, non seulement à cause de sa généralité et de la multiplicité des applications qu'elle comporte, mais encore et surtout à cause des nombreuses fluctuations qu'elle a subies. Cette évolution, loin d'être terminée, traverse de nos jours une crise aiguë.

Or, ces fluctuations nombreuses se sont surtout manifestées sur le terrain d'une conception relativement récente de la res-

---

(1) M. le Professeur L. Josserand.

ponsabilité, à savoir celle de la responsabilité professionnelle. Le fondement traditionnel même de la responsabilité, la faute du responsable, considéré comme une base inébranlable par suite de sa logique naturelle même, a dû céder une partie de sa position à une nouvelle conception fondamentale, celle du risque créé par la profession et dans la profession. De plus en plus, la règle sociale se modèle et s'adapte au métier de chacun, soit qu'elle concerne la nature du contrat qui l'engage et les obligations qui en découlent, soit qu'elle ménage une responsabilité qui se « professionnalise » elle-même de plus en plus. La personne humaine, sujet de droits et d'obligations, n'est plus cet être abstrait que le Code civil, héritier de l'idéologie révolutionnaire, s'était efforcé de dégager, de réaliser sur un type unique, tiré en série, mais c'est l'individu qui exerce un métier, qui accomplit une fonction (1). Et dès qu'un individu exerce une profession, une fonction, il a un poste social, entraînant des obligations sociales.

Dans cet ordre d'idées, il nous a semblé particulièrement indiqué de procéder à l'étude de la responsabilité professionnelle qui se greffe sur l'exercice d'une fonction qui nous est particulièrement chère, celle de Commissaire aux comptes dans les sociétés anonymes. Cette institution du censoriat, créée vers le milieu du siècle écoulé, a traversé de graves crises successives et périodiques accompagnant régulièrement les grands scandales financiers qui ont malheureusement traversé comme un fil rouge les belles pages de l'histoire de la société anonyme « France ». Ces crises ont enfin abouti à la réforme des décrets-lois de 1935, complétés en 1937, qui a créé un nouveau statut du commissariat aux comptes, réglant la désignation des commissaires, leurs missions, leurs attributions, leurs droits et leurs devoirs ainsi que leur responsabilité.

Si nous avons décidé de nous pencher particulièrement sur

---

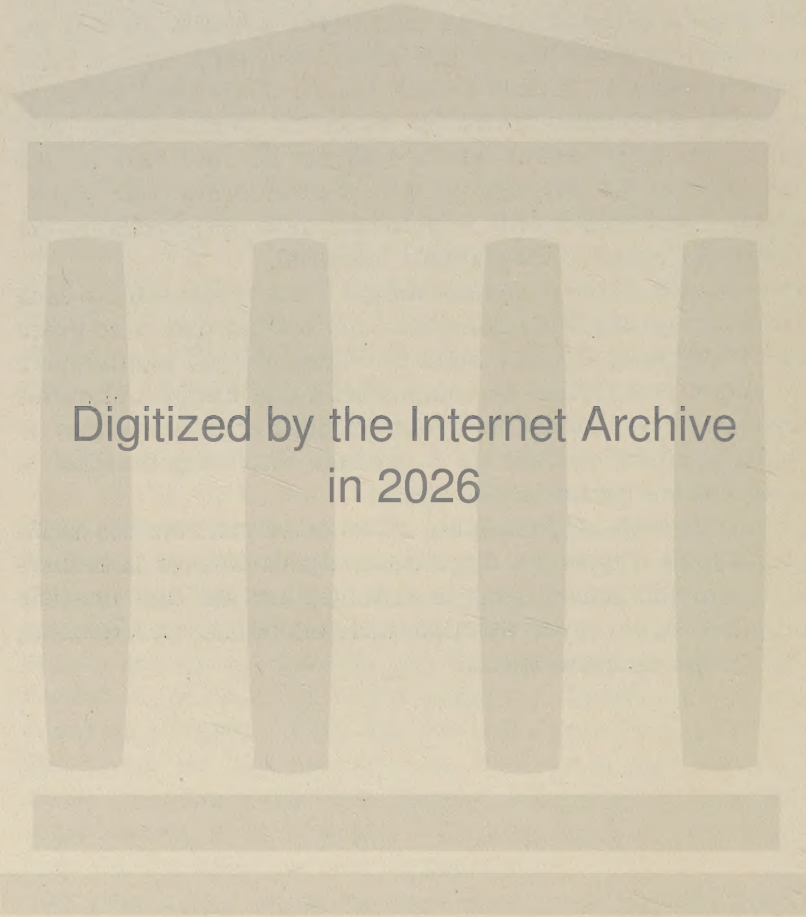
(1) L. Jossierand : *La renaissance de la faute lourde sous le signe de la profession*. D. H. 27 avr. 1939.



ce dernier aspect de la question, c'est parce que nous croyons d'une façon générale que le problème de la responsabilité professionnelle tend à passer de plus en plus parmi ceux se trouvant au premier rang de nos préoccupations juridiques ; nous estimons en particulier que c'est sur le terrain de la responsabilité que va se cristalliser la conception nouvelle du rôle du commissaire aux comptes et que nous avons ainsi devant nous le « cas clinique ». Il nous a donc semblé intéressant d'étudier non point le nouveau statut en entier du commissariat aux comptes, tel qu'il résulte de la réforme de 1935-1937 et sur lequel existent des ouvrages de tout premier ordre (voir bibliographie), mais uniquement le problème de la responsabilité qui s'attache à l'exercice du contrôle censorial.

Montesquieu a très justement dit qu' « une responsabilité sans contrôle est un véritable non-sens ; une infinité d'abus se glisse dans ce qui passe dans la main de l'homme ». Si Montesquieu avait connu l'institution du commissariat aux comptes, il aurait pu renverser avec autant de raison les deux premiers termes de sa méditation en parlant du « contrôle sans responsabilité », qui devient un véritable non-sens.

L'étude de cette responsabilité attachée au contrôle des sociétés anonymes d'après les dispositions législatives, et la recherche de son fondement pour le faire reposer sur une nouvelle conception, celle de la fonction institutionnelle du censoriat, tel est l'objet de notre travail.



Digitized by the Internet Archive  
in 2026

[https://archive.org/details/IA41555823\\_0039](https://archive.org/details/IA41555823_0039)



## **TITRE PREMIER**

### **Fondement et sources de la responsabilité des commissaires aux comptes**

---

1. — Dans son sens le plus général, la responsabilité peut être définie l'obligation pour une personne de répondre d'un fait. On a pu dire justement que la responsabilité est l'attribution des actes au Moi. Mais cette attribution du fait à une personne ne peut pas être arbitraire, elle doit se faire sous certaines conditions qui, elles-mêmes, dans une société civilisée, doivent être régies par des règles et des considérations strictes. Rechercher ces conditions qui régissent la responsabilité, c'est établir son fondement et remonter à sa source. C'est ce que nous nous proposons d'essayer dans ce premier titre de notre ouvrage, en limitant le champ de nos recherches au seul domaine de la responsabilité des commissaires aux comptes. Nous essayerons donc de définir en vertu de quels principes le commissaire peut voir sa responsabilité engagée, c'est-à-dire peut se voir poursuivi par la justice des hommes pour répondre d'un fait.

2. — Au point de vue moral, on exige d'un individu pour le déclarer responsable, qu'il ait la conscience du bien et du mal et qu'il ait le libre choix entre l'acte bon et l'acte mauvais. Toute atténuation de cette conscience ou de cette liberté correspond à une diminution corrélative de la responsabilité, et là où disparaît un de ces éléments, la responsabilité disparaît elle-même tout entière. Quant à savoir quelles conséquences on attribue

à la responsabilité ainsi établie, quelle sanction on lui impose, c'est là une question dont la solution change avec chaque système de morale, de philosophie ou de religion. Mais ce point de vue élevé et étendu de la responsabilité morale qui embrasse non seulement les actes extérieurs, mais aussi les simples pensées, et dans lequel le mot même de responsabilité éveille aussi bien l'idée d'un châtement pour les actes mauvais que celle d'une récompense pour les actes bons, est complètement situé en dehors du droit positif. Il n'aura donc pas à intervenir spécialement dans la recherche du fondement de la responsabilité et de sa source en droit positif français appliqué aux commissaires aux comptes.

3. — Parmi les différentes disciplines du droit positif, le droit pénal se rapproche le plus de la morale dont il n'emprunte cependant qu'une seule branche : punir les actes répréhensibles. Au surplus, il ne se préoccupe que de ceux qu'il juge mauvais et contraires à l'ordre public, et ne tient aucun compte, par conséquent, des pensées qui ne sont révélées par aucune manifestation extérieure. Par ailleurs, les conditions qu'il exige chez l'auteur de l'acte sont en principe les mêmes qu'en morale. Elles sont cependant influencées par des considérations majeures d'utilité et de défense sociales. Il nous appartient donc, dans le cadre de cette étude, de rechercher et d'établir quel est le fondement de la responsabilité pénale du commissaire aux comptes et quelle est l'influence exercée sur elle par les dites considérations. Nous le ferons dans le premier chapitre de ce titre.

4. — Le droit civil ne s'inquiète pas de morale ou de pénalité ou du moins ce n'est qu'accessoirement qu'il se soucie de favoriser le bien ou de défendre la société. Son objectif principal est la défense des intérêts particuliers. Aussi n'intervient-il en notre matière que lorsqu'un intérêt particulier est lésé, a souffert un préjudice. Et tout naturellement, la conséquence qu'il



tire de la responsabilité, la sanction qu'il impose à l'individu responsable, est la réparation de cette lésion, de ce préjudice. Comme cette sanction est la chose importante, capitale au point de vue pratique, on a pu définir la responsabilité civile « l'obligation de réparer un préjudice ». Elle est avant tout une responsabilité réparatrice.

Il est de toute évidence qu'il faut, pour que la question de la responsabilité civile puisse se poser, un fait ayant causé un préjudice à une personne, victime de ce fait. Mais puisque le droit civil n'est pas une science spéculative, puisqu'il ne s'agit pas de constater uniquement si le malheur, le préjudice subi, frappe justement ou injustement la victime, l'existence du fait et de sa victime ne suffit pas pour faire surgir le problème de la responsabilité civile. Il faut une seconde personne sur laquelle la première, lésée par un fait, prétendra s'en décharger en lui imposant la réparation. Mais pour que cette seconde personne puisse être obligée de prendre en charge le préjudice causé par le fait, il faut qu'il existe pour elle une obligation juridique de réparer le dommage.

Cette obligation peut résulter soit d'un rapport direct de droit ou contrat liant le preneur en charge à la victime, soit du rapport simple qui le lie au fait incriminé. Dans le premier cas, nous nous trouvons en face d'une responsabilité issue de ce rapport entre les deux personnes et limitée par les obligations qui en résultent pour elles. C'est la responsabilité contractuelle à laquelle est soumise le commissaire aux comptes en vertu de ses rapports directs de droit avec la personne lésée. Nous devons donc examiner quels sont ces rapports directs de droit ou contrats et approfondir leur nature afin de voir dans quelle mesure ils sont générateurs de responsabilité pour le commissaire aux comptes. Ceci sera l'objet du chapitre deuxième de ce titre.

Il reste à étudier l'autre série de rapports déjà mentionnée. Ce sont ceux qui unissent la personne incriminée au fait dommageable sans qu'un rapport de droit direct existe entre l'auteur du fait et la victime. Quels peuvent être ces rapports du com-

missaire aux comptes avec certains faits, pouvant engendrer sa responsabilité en dehors de tout contact ou lien juridique avec la personne lésée ? Et quel est le principe qui justifie et régit cette responsabilité qu'on a convenu de désigner, par opposition à la responsabilité contractuelle, par le nom de responsabilité délictuelle ? Examiner ces questions, c'est, à proprement parler, rechercher le fondement général de la responsabilité. Nous consacrerons le chapitre troisième à cette recherche des liens qui doivent unir le commissaire à un fait pour qu'il puisse être déclaré responsable du fait et condamné à en réparer les conséquences.

5. — Et, chemin faisant, nous constaterons qu'il existe pour le commissaire une source de responsabilité qui, d'une part, ne se base pas sur un rapport direct avec la victime, et qui, d'autre part, ne se justifiera que très mal par un lien pur et simple de l'auteur avec le fait. Nous parlons du cas où la responsabilité du commissaire est engagée en vertu d'un lien constitué par une obligation légale particulière, lien qui le lie au fait incriminé, mais qui est légalement, nous dirons presque artificiellement créé pour assurer le bon fonctionnement de cette institution qui s'appelle la société anonyme, ceci dans l'intérêt même du pays et de l'économie nationale. Nous nous efforcerons, dans le chapitre quatrième, d'examiner la base et les limites de cette responsabilité particulière et de déterminer si, et dans quelle mesure, cette idée de la responsabilité institutionnelle, c'est-à-dire responsabilité propre et inhérente au fonctionnement de l'institution de la société anonyme, déborde sur le terrain de la responsabilité délictuelle et contractuelle et même sur la responsabilité pénale proprement dite, pour les absorber en partie et pour devenir le fondement le plus caractéristique de la responsabilité des commissaires aux comptes.



## CHAPITRE PREMIER

**Fondement et sources de la responsabilité pénale**

6. — Aussi loin que l'on remonte dans l'histoire des sociétés, toujours se rencontre la reconnaissance d'un certain droit pénal. C'est qu'en effet, l'idée de sanction est inséparable de l'idée de droit, ou plutôt, le droit, sans une sanction qui en assure le respect, est une notion qui paraît incomplète, parce que le terme même de droit implique l'idée d'obligation et que celle-ci, à son tour, renferme la nécessité de la sanction.

Cette sanction, dans certains cas, peut être réparatrice. Il en est ainsi quand la violation d'un droit ou d'une obligation se traduit uniquement par un préjudice d'ordre pécuniaire. Mais la réparation devient inopérante dès qu'il s'agit d'un préjudice causé à la personnalité physique ou morale de la victime ou si les possibilités pécuniaires de celui qui est tenu à la réparation sont inférieures à l'importance du dommage causé. Pour une personne insolvable, la menace d'une sanction réparatrice n'a aucune signification et il faut la menace d'une sanction répressive, basée sur une peine à infliger à la personne physique même du délinquant, pour empêcher les personnes dangereuses d'opérer à leur guise. Contrairement au droit civil, qui est essentiellement réparateur, le droit pénal est avant tout répressif et préventif. C'est par la nature énergique et directe de ses sanctions qu'il fait respecter les différents droits, privés ou publics, qui sont reconnus ou attribués aux individus et à la société. Il en est le gardien, le protecteur. Si la société moderne édicte des peines et fait souffrir le délinquant et le criminel dans leur fortune et dans leur personne, ce n'est point pour le plaisir de faire souffrir, pour la joie de la vengeance et pas davantage, au moins dans la majorité des cas, pour faire corri-

ger moralement, peine généralement perdue d'avance, **mais** pour assurer sa protection en faisant arrêter les mauvais penchants devant les risques des peines rigoureuses entrevues, et pour se mettre à l'abri d'êtres dangereux, comme on se met à l'abri des fous et des bêtes féroces en les enfermant.

7. — Mais ce droit d'infliger des peines, il ne doit pas pouvoir être exercé par les représentants de la société d'une façon arbitraire. Il faut, tout au contraire, qu'il soit minutieusement réglé et appliqué sous certaines conditions sauvegardant le droit de l'individu inculpé de se défendre et proportionnant les peines à infliger à la gravité de l'infraction commise à l'égard de l'ordre social. C'est l'œuvre de la loi pénale qui se base entièrement sur la vieille maxime : *Nulla poena sine lege*.

C'est en ce sens que l'on a pu dire que le droit pénal est une charte de liberté. Charte de liberté et de sauvegarde contre la force brutale, il a eu ce caractère quand il a substitué le système de la composition légale à celui de la vengeance privée. Charte de liberté, il l'est encore aujourd'hui, en enfermant l'exercice du droit social de punir dans des conditions précises, sans lesquelles ce droit apparaît comme un acte de force et de tyrannie.

8. — Comme pour toute autre sanction pénale, les sources de la responsabilité pénale des commissaires aux comptes doivent donc se trouver dans les textes légaux, en dehors desquels aucune inculpation répressive ne saurait avoir lieu.

Quels sont donc les textes qui régissent actuellement la responsabilité pénale des commissaires aux comptes ? Dans les codes napoléoniens, nous ne trouvons aucun texte d'ordre pénal spécialement applicable en matière de société. Seuls les articles 405 concernant le délit d'escroquerie et 408 relatif au délit d'abus de confiance ont pu être invoqués et peuvent l'être encore contre les commissaires qui commettent des infractions dans cet ordre d'idée ou qui se rendent complices de ces infractions.



Ce n'est que la loi du 18 juillet 1856 sur les sociétés en commandite par actions et celle du 3 mai 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée (ainsi désignées, mais qui furent en réalité les sociétés anonymes du droit actuel) qui prévoyaient des dispositions pénales spécialement applicables aux dirigeants des sociétés par actions. La grande loi du 24 juillet 1867, qui est encore aujourd'hui la charte des sociétés anonymes, reprend les dispositions des lois de 1856 et de 1863. Ces dispositions s'adressent cependant avant tout aux gérants des sociétés en commandite par actions et aux administrateurs des sociétés anonymes en consacrant spécialement le délit de publication de faits faux et le délit de distribution de dividendes fictifs. Citons également la loi du 29 juillet 1881 créant le délit de diffamation, qui a permis d'atteindre les commissaires aux comptes qui se laissent entraîner dans leurs rapports à des propos diffamatoires.

9. — Dans son ensemble, cette législation était nettement insuffisante, ceci d'autant plus que l'institution du commissariat aux comptes, qui avait été créé pour surveiller la gestion des administrateurs et pour en rendre compte aux assemblées des actionnaires, avait été transformée par la pratique des affaires en une bien inefficace parodie de contrôle. Nous n'avons pas à développer ici les raisons de la dégénérescence ridicule et néfaste du censoriat des comptes ; nous rappelons uniquement un état de fait incontestable et reconnu par tout le monde, qui n'a pas peu contribué à l'éclosion des très nombreux scandales financiers dont furent victimes périodiquement, et comme par coups de rafale, l'économie et l'épargne du pays. Ces scandales furent d'autant plus graves que la société anonyme s'était démocratisée, c'est-à-dire que ses actions se trouvaient réparties parmi un nombre de plus en plus grand de petites gens qui y placèrent les économies de leur vie et qui se voyaient ruinés par les agissements des administrateurs coupables, sans espoir de récupération, étant donnée l'insolvabilité qui est pres-

que toujours de rigueur pour ce genre de financiers. On peut même dire, sans hasarder une affirmation paradoxale, que l'honnêteté des administrateurs est inversement proportionnelle à la naïveté des actionnaires. Car il est certain que les chevaliers de la société anonyme ont dû s'adresser de plus en plus à la clientèle humble et inexpérimentée pour faire placer, avec d'illusoires promesses, les mauvais titres de la société.

Incontestablement, l'Etat a le devoir d'intervenir pour endiguer les abus et pour protéger l'épargne du pays, en assurant en même temps la moralité générale de ce puissant instrument économique qu'est devenue la société anonyme pour la vie du pays. Cette intervention peut s'inspirer de deux méthodes différentes : ou bien elle est préventive en édictant des règles strictes de création et de fonctionnement de la société anonyme, entourant le tout d'un mécanisme de contrôle et d'investigation, ou bien elle est répressive en édictant des sanctions tellement rigoureuses que les risques entrevus conseillent aux consciences malhonnêtes de s'abstenir et de chercher ailleurs. En appliquant la première méthode, le législateur risque d'enfermer la société anonyme dans une gaine trop étroite et de l'étouffer en quelque sorte ; en choisissant la seconde méthode, il court le danger de laisser s'accomplir des scandales dont la répression ne comporte pas de réparation pour les victimes. Tel l'âne de Buridan, le législateur balançait, hésitant entre les deux remèdes, ne pouvant pas se décider, tiraillé par les intérêts des particuliers et de leurs groupements, à appliquer l'une ou l'autre ou les deux à la fois. Le fait que de 1867 à 1935 rien de bien sérieux ne fut entrepris dans une matière qui demandait une intervention législative urgente prouve à quel point le fonctionnement de nos institutions parlementaires fut insuffisant pendant ces trois quarts de siècle. Et on a presque envie d'écrire, en parlant des décrets-lois de 1935 du gouvernement Laval :

« Enfin Laval vint, qui, le premier en France,  
« mit fin par ses lois à trop longue carence ».



10. — Cette réforme tant attendue s'est inspirée à la fois de l'idée préventive et de l'idée répressive. Répressive en infligeant de fortes peines d'amende et de prison aux administrateurs coupables de négligences ou de fautes graves, préventive surtout par la réalisation d'un contrôle permanent et sérieux par des commissaires compétents qui, eux-mêmes, sont menacés de peines répressives et de solidarité civile en cas de négligence coupable dans l'exécution de leur mission. Aux anciens délits, fort rarement retenus par la justice à l'égard des commissaires aux comptes, à savoir le délit d'escroquerie, d'abus de confiance et de distribution de dividendes fictifs (et qui ne touchaient ces derniers que « par la bande »), le législateur de 1935 ajouta des délits spéciaux à l'égard des commissaires aux comptes : le délit d'information mensongère, le délit de non-révélation au Parquet des irrégularités constatées. Il a étendu aux commissaires le secret professionnel et par là le délit de violation de ce secret ; il a prévu leur inculpation en cas de publication de faux bilan ou d'infraction à la règle d'immutabilité des bilans ou d'atteinte au droit préférentiel de souscription des anciens actionnaires et il a essayé d'entraver les anciens errements commis dans le choix des commissaires (qui avaient tant contribué à faire dégénérer cette sage institution) en sanctionnant pénalement les infractions aux règles rigides qui président au choix du commissaire aux comptes. Cette réforme fut réalisée soit par la modification de la loi fondamentale du 24 juillet 1867 sur les sociétés anonymes (art. 15, 33, 34, 40), soit par le texte spécial du décret-loi du 8 août 1935 sur l'atteinte au droit préférentiel de souscription, ou du 31 août 1937 sur la présentation du compte des pertes et profits. Ces textes constituent, à l'heure actuelle, les sources de la responsabilité pénale des commissaires aux comptes et aucune inculpation pénale n'est possible en dehors d'eux, car *Nulla poena sine lege*.

Il convient cependant de faire remarquer ici même, et nous le ferons pour les cas spéciaux au courant de cette étude, que la réaction du législateur vis-à-vis de la carence des anciennes

prescriptions fut particulièrement violente et que le nombre des inculpations pénales des commissaires aux comptes et l'importance des sanctions auxquelles ils s'exposent dans l'exercice de leur mission témoigna d'une rigueur presque excessive du législateur de 1935. Et on a pu se demander non sans raison si les peines et sanctions qui se dressent rigoureuses et menaçantes devant le commissaire ne vont pas avoir pour effet d'écarter les meilleurs parmi eux de ces fonctions ingrates et dangereuses. Quoi qu'il en soit, on ne peut certainement pas dire avec Ihering, en parlant du droit pénal financier en général et des sanctions édictées à l'égard des commissaires en particulier, que l'histoire de la peine est une abolition constante. La formule, en cette matière, est certainement inexacte, et ceci tient à la nature même des choses et au développement des affaires financières dans le monde.



## CHAPITRE DEUXIEME

### Fondement et sources de la responsabilité contractuelle

11. — Pour qu'il y ait responsabilité contractuelle de l'auteur d'un fait vis-à-vis de la victime du préjudice causé par ce fait, il faut, de toute évidence, qu'il existe entre les deux personnes un lien juridique relatif au fait préjudiciable et qui oblige l'auteur de prendre la réparation à sa charge. Ce lien juridique est le contrat passé entre les deux parties, le mot contrat étant pris dans le sens le plus large, pouvant être réduit à un simple accord de volonté. Lorsque l'obligation contractée a prévu directement la question de la responsabilité, c'est-à-dire lorsque l'accord des parties a porté expressément ou tacitement sur cette question, il est évident qu'elle sera réglée d'une façon des plus stricte par cet accord préliminaire. La volonté des parties sera leur loi, à moins que cette volonté n'aboutisse pas à une solution prohibée par la loi dans l'intérêt de l'ordre public.

Par contre, si la responsabilité semble prendre directement naissance dans l'inexécution ou la mauvaise exécution d'une obligation fixée par contrat, sans que les parties aient réglé au préalable cette question de responsabilité, il faut fatalement faire intervenir le droit civil pour pouvoir déterminer, selon ses principes et en face du silence de la convention, quelles sont les règles de responsabilité éventuellement applicables au cas envisagé. Pour le faire, il est indispensable de fixer la nature juridique du contrat, du lien qui existe entre les deux parties, pour leur appliquer la loi de ce genre de contrat, ceci d'autant plus qu'en matière contractuelle il n'y a pas de texte général réglant la question de la responsabilité des contractants.

Or, en matière de commissariat aux comptes, il existe bien un lien contractuel entre le commissaire, d'une part, et la

société, qui a agi par l'organe de son assemblée générale, d'autre part. En l'absence de tout autre lien contractuel qui lie le commissaire aux comptes en cette qualité, tout ce chapitre sera donc consacré à l'étude de cette unique source de responsabilité contractuelle pour lui.

**12.** — Quelle est tout d'abord la nature juridique de ce contrat qui lie le commissaire à la société ? Aucun doute n'est plus possible depuis la réforme de 1935 et la qualification juridique du lien est désormais nette : il s'agit d'un mandat. La loi le répète à maintes reprises. Nous citons les textes de la nouvelle rédaction de la loi de 1867.

*Art. 32, alinéa 1. — « L'assemblée générale ordinaire des actionnaires désigne un ou plusieurs commissaires qui ont le mandat... ».*

*Art. 32, alinéa 5. — « Le commissaire nommé par l'assemblée en remplacement d'un autre ne demeure en fonction que pendant le temps qui reste à courir du mandat de son prédécesseur ».*

*Art. 33, alinéa 2. — « Si l'une des causes d'incompatibilité ci-dessus indiquée survient au cours du mandat... ».*

*Art. 33, alinéa 5. — « Ce commissaire aura tous les pouvoirs d'un commissaire nommé par l'assemblée. La durée de son mandat sera de trois années ».*

*Art. 33, alinéa 8. — « Les commissaires ne peuvent pas devenir administrateurs des sociétés qu'ils contrôlent, moins de cinq années après l'expiration de leur mandat ».*

*Art. 34, alinéa 3. — « Les commissaires établissent un rapport dans lequel ils rendent compte à l'assemblée générale de l'exécution du mandat qu'elle leur a confié... ».*

Tous ces textes ont été introduits par le 3<sup>e</sup> décret-loi du 8 août

1935 dans la loi organique de 1867 en supprimant ainsi par la netteté, le caractère impératif des termes, la possibilité de toute discussion juridique. Or, avant 1935, la loi sur les sociétés anonymes ne contenait qu'une seule prescription semblant vouloir qualifier de mandat le lien juridique que nous examinons. Il s'agit de *l'art. 43*, entièrement maintenu dans sa forme par les décrets de 1935, qui dit ceci : « *L'étendue et les effets de la responsabilité des commissaires envers la société sont déterminés d'après les règles générales du mandat* ».

13. — Sous l'empire de ce texte un peu ambigu, on pouvait prétendre que le législateur, loin de considérer le lien juridique qui liait le commissaire à la société comme un mandat pur et simple, lui appliquait les règles du mandat pour la seule question de la responsabilité. Pour le soutenir, il suffit de comparer la rédaction de cet article 43 à celle fort nette et claire qui fut employée par le même législateur dans *l'art. 22* : « *Les sociétés anonymes sont administrées par un ou plusieurs mandataires...* », ou celle de *l'art. 9* qui déclare chaque membre du conseil de surveillance d'une société en commandite par action « *responsable de ses fautes personnelles, dans l'exécution de son mandat...* ». Et cette opinion était d'autant plus soutenable, que la mission confiée au commissaire par l'ancien texte de la loi de 1867 ne semblait pas toujours en harmonie avec les principes distinctifs du mandat.

En effet, d'après la presque totalité de la doctrine, le mandat se caractérise avant tout par le pouvoir donné au mandataire d'accomplir au nom du mandant des actes *juridiques*. Si l'objet du contrat, au lieu d'être un acte juridique, tel qu'une vente, un paiement, un contrat, porte sur un travail d'ordre matériel, nous ne sommes plus en présence d'un mandat mais d'un louage de service ou d'ouvrage. Or, la loi de 1867 a précisé la mission du commissaire aux comptes dans *l'ancien article 32* en le chargeant uniquement « *de faire un rapport à l'assemblée générale de l'année suivante sur la situation de la société, sur le bilan*



*et sur les comptes présentés par les administrateurs ».* M. Lisbonne, qui a examiné la question d'une façon approfondie, en conclut (N° 17) que l'ancienne fonction du commissaire n'était pas l'exercice d'un mandat, car la rédaction d'un rapport, obligation essentielle et unique du commissaire, ne peut pas être considérée comme un acte juridique, mais comme un simple fait matériel. Au surplus, la rédaction d'un rapport n'est pas un droit détenu par l'actionnaire et il ne peut donc pas être délégué au mandataire pour être fait en son nom et à sa place.

L'argument ne manque pas de force et semble même assez convaincant. Cependant, on peut se demander si la rédaction d'un rapport est vraiment la tâche unique ou essentielle prescrite par la loi de 1867. Il est évident que cette rédaction n'est que l'aboutissement d'un travail de vérification et de contrôle préalable du bilan et des comptes de la société ainsi que de sa situation et que le vrai travail du commissaire consiste dans cette vérification dont le rapport n'est qu'un compte rendu au mandant dans le sens même de l'article 1993 qui dit : « *Tout mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion...* ». Certes, le texte légal est fort mal rédigé en mettant en avant l'obligation de faire un rapport. Néanmoins, il n'est pas moins certain que l'obligation principale du commissaire consiste dans son travail de contrôle. L'argument cité, sur lequel s'appuie en partie M. Lisbonne, porte donc à faux.

Mais on peut se demander alors si le travail de contrôle du commissaire peut être considéré comme un acte juridique qui répond à la définition générique donnée par la doctrine au mandat, ou si nous ne sommes pas plutôt en face d'un travail d'ordre matériel, classant ainsi la mission du commissaire parmi les louages d'ouvrage. Il n'y a pas de doute possible que le travail de vérification à exécuter par le commissaire comporte en forte partie une tâche matérielle, comme l'encaissement d'une somme de 10.000 francs en menue monnaie, par exemple, ou la conclusion d'un contrat de vente laborieusement rédigé sur quinze pages de lignes serrées. Personne cependant ne conteste

que ces deux dernières opérations revêtent bien le caractère d'un mandat si elles sont faites par une personne indépendante, au nom et pour le compte d'une autre. Il y a des obligations qui portent en elles-mêmes le germe d'un acte juridique et dont l'exécution ou l'inexécution engendre des conséquences de droit ; la surveillance de la gestion d'une société anonyme par les actionnaires en est une à notre avis. Nous croyons en effet que cette surveillance de la gestion de la société est non seulement un droit donné aux actionnaires, formant société, par la loi dans leur propre intérêt, mais également un devoir qui leur est imposé par la loi dans l'intérêt du bon fonctionnement de la société anonyme et, d'une façon plus générale, dans l'intérêt de l'économie nationale. Ce droit — obligation de surveillance par les actionnaires formant société — ne pouvant pas être exercé par la société elle-même, est fatalement confié à une ou plusieurs personnes spécialement qualifiées, à savoir aux membres du conseil de surveillance dans les sociétés en commandite par actions et aux commissaires aux comptes dans les sociétés anonymes. Il est également sanctionné directement ou indirectement par la peine de la nullité de la société (art. 7 de la loi de 1867) ou celle de la nullité de la délibération de l'assemblée (art. 32 ancien de la loi de 1867). Il semble donc que le commissaire exerce bien au nom et à la place des actionnaires formant société une mission dont le caractère juridique peut être affirmé malgré le travail matériel qu'elle comporte.

Au surplus, est-il bien certain que la mission confiée au mandataire doit avoir le caractère d'un acte juridique ? L'art. 1984 du Code civil ne le dit pas expressément, en donnant la définition du mandat : « *Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom* ». Nous sommes loin, avec l'expression « quelque chose », de l'acte juridique exigé par la doctrine qui se base sur l'évolution historique du mandat depuis le droit romain et sur l'expression « le pouvoir » impliquant un acte juridique. Quant à nous, nous ne voyons aucu-

nement une opposition entre la définition du mandat, telle qu'elle est donnée par l'art. 1984 du Code civil, et la fonction du commissaire aux comptes telle qu'elle a été définie par l'ancien texte de la loi de 1867, car les actionnaires donnent réellement pouvoir au commissaire de faire des actes de contrôle en leur nom et à leur place. Nous croyons même, contrairement à l'opinion de M. Lisbonne, que le législateur de 1867, malgré les hésitations qu'on croit pouvoir constater dans la rédaction du texte, n'a jamais envisagé le rôle du commissaire aux comptes autrement que comme résultant d'un mandat. Nous citerons à cet égard le texte de l'exposé des motifs de la loi du 23 mai 1863, dont l'art. 15 est devenu purement et simplement l'art. 32 de la loi de 1867. « *Leur mission, dit cet exposé des motifs, est d'ailleurs clairement déterminée : elle constitue un mandat, mais un mandat renfermé dans des limites assez restreintes et dont au surplus l'étendue et les effets sont réglés par les principes du droit commun.* »

14. — M. Lisbonne, ayant rejeté la thèse du mandat, met en avant celle du contrat d'entreprise, car, dit-il (n° 18), il y a entreprise toutes les fois qu'un travail rémunéré est fait librement pour le compte d'autrui. Or, si M. Lisbonne rejette le mandat parce que la mission du commissaire ne lui semble pas revêtir la nature d'un acte juridique, non exigé d'ailleurs par l'art. 1984 du Code civil, nous rejetons le contrat d'entreprise parce que cette mission ne correspond pas du tout à la définition qui est donnée dans les art. 1779 et suivants du Code civil du louage d'ouvrage et d'industrie. En effet, cet art. 1779 dit : « *Il y a trois espèces principales de louage d'ouvrage et d'industrie : 1° Le louage des gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un ; 2° Celui des voituriers... ; 3° Celui des entrepreneurs d'ouvrages par suite de devis ou marchés* ». Pour que le contrat qui lie le commissaire aux comptes aux actionnaires formant société puisse être considéré comme régi par cet article 1779, il faut qu'il soit conforme au moins dans ses caractères



distinctifs à une des trois espèces principales énumérées par la loi. Ecartons d'emblée le contrat du voiturier et celui de louage des gens de travail qui suppose un lien de subordination de l'ouvrier qui s'engage au maître. Il ne reste que le contrat d'entreprise d'ouvrage qui est spécialement visé par M. Lisbonne. Mais si nous examinons les articles 1787 et suivants du Code civil qui régissent cette matière, nous constatons que la loi ne vise que les artisans-entrepreneurs d'un travail purement matériel, surtout la branche de la construction, car elle parle d'ouvriers, de matières, de maçon, de maître, de choses, etc... La lecture de ces articles ne laisse pas subsister le moindre doute : ils ne peuvent concerner le contrat du censoriat.

Comment pourrait-on faire concorder d'ailleurs la faculté du commissaire de démissionner avec la prescription du Code civil qui oblige l'entrepreneur à terminer son travail, ou bien la gratuité relativement fréquente du commissariat avec le principe de la rémunération de l'entrepreneur par le maître qui, bien que non écrite dans le Code civil, résulte de l'idée même de l'entreprise ? M. Lisbonne lui-même est obligé de convenir (N° 19) que certaines missions conférées par la loi aux commissaires ne rentrent pas dans les limites du contrat d'entreprise (mandat de surveiller, de convoquer l'assemblée en cas d'urgence) et il en conclut finalement que le commissariat était avant 1935 un contrat innommé, formé de deux contrats accolés. M. Masson partage cette manière finale de voir de M. Lisbonne (N° 234), car il considère également le censoriat comme un contrat innommé participant de l'entreprise autant que du mandat, et ceci non seulement sous l'empire de la loi ancienne de 1867, mais également dans la conception légale après la réforme de 1935.

15. — Cependant, dire d'un contrat qu'il est *sui generis* ne suffit pas à déterminer sa nature. Il faut bien songer à le faire entrer si possible, même en forçant quelque peu les points secondaires, dans le gabarit d'un contrat légalement consacré.

Alors les adversaires de la théorie du mandat, sentant toute la faiblesse de la thèse en faveur de l'entreprise d'ouvrage, ont également pensé à la gestion d'affaire des art. 1372 et suivants du Code civil (Lisbonne, N° 18). Mais cette opinion doit être écartée, car ce qui caractérise la gestion d'affaire, c'est qu'elle est faite dans l'intérêt d'autrui sans que le gestionnaire en ait été chargé. C'est donc une entreprise spontanée, en opposition avec le mandat qui est un acte accompli en vertu d'une convention ou de la loi. Et qu'on ne vienne pas nous dire que le commissaire, quoique chargé de sa mission par une assemblée, opère au profit d'autrui puisque, aux termes mêmes de l'ancien art. 32, il est chargé de faire un rapport à l'assemblée générale de l'année suivante. Cela serait confondre une fois de plus le fond de la mission, la vérification de l'exercice en cours, avec la formalité de rendre compte, et cela serait, au surplus, oublier que le commissaire est lié par un contrat non point avec les actionnaires réunis en assemblée d'une année, mais avec la société elle-même qui subsiste et qui continue. On ne peut donc nullement voir dans la rédaction de l'ancien art. 32 une stipulation pour autrui.

**16.** — Dans ces conditions, nous persistons à croire que le lien juridique qui régit la relation des commissaires aux comptes avec la société anonyme fut toujours la convention du mandat et l'est resté après la réforme de 1935, qui n'a donc point innové dans cette matière et qui a tout simplement confirmé par un texte précis ce que l'ancienne loi de 1867 avait indiqué d'une façon hésitante et presque à regret.

## CHAPITRE TROISIEME

**Fondement et sources de la responsabilité civile délictuelle**

17. — Le commissaire aux comptes n'est pas seulement responsable dans les limites du mandat qui le lie à la société et vis-à-vis d'elle, il est également responsable, selon la grande majorité de la doctrine et l'unanimité de la jurisprudence, vis-à-vis des tiers. Pour affirmer cette responsabilité, la doctrine et les juges se basent sur l'*art. 1382 du Code civil* qui dit : « *Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui, par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* ». Ils invoquent également l'*art 1383 du Code civil* qui précise : « *Chacun est responsable du dommage qu'il a causé, non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence* ».

18. — Nombreuses sont les décisions de la justice qui font application de cette responsabilité des commissaires ou des membres du conseil de surveillance, découlant des art. 1382 et 1383 vis-à-vis des tiers. Nous citons : Caen, 16 août 1864 (1), Cass. req., 13 janv. 1869 (2), Cass. req., 18 août 1869 (3), Lyon, 24 juin 1871 (4), Lyon, 11 juil. 1873 (5), Cass. requ., 17 juil. 1876 (6), Trib. Com. Seine, 23 déc. 1880 (7), Cass. civ., 4 juin 1883 (8), Paris, 30 juin 1883 (9), Paris, 27 déc. 1883 (10), Trib. Com. Seine, 8 janv. 1886 (11), Trib. Com. Avesnes, 14 mai 1891 (12), Cass. req., 9 juil. 1891 (13), Cass. req., 19 mars 1894 (14), Douai,

---

(1) D. P. 65.II.192. (2) S. 69.I.209. (3) S. 69.I.174. (4) D. P. 71.II.188 ; S. 72.II.94. (5) D. P. 74.II.209 ; S. 74.II.73. (6) D. P. 77.I.135 ; S. 76.I.407. (7) R. S. 1884.553. (8) D. P. 83.I.385 ; S. 1884.I.113. (9) D. P. 85.II.18 ; J. S. 1885.2 ; R. S. 1883.538. (10) D. P. 85.II.222 ; R. S. 1884.553. (11) R. S. 1886.166. (12) P. F. 92.II.112. (13) S. 93.I.300. (14) S. 96.I.260.



19 juin 1896 (1), Cass. civ., 20 juil. 1898 (2), Trib. civ. Péronne, 22 fév. 1899 (3), Amiens, 26 déc. 1899 (3), Amiens, 7 avr. 1911 (4), Paris, 5 déc. 1925 (5), Cass. requ., 25 fév. 1935 (6). Les Cours de Metz (15 août 1867) (7) et de Douai (30 mars 1905) (8) ont même jugé que la responsabilité délictuelle des commissaires aux comptes et des membres du conseil de surveillance n'est pas seulement engagée vis-à-vis des tiers créanciers de la société, mais même vis-à-vis des actionnaires pris individuellement en dehors de l'action contractuelle réservée à la société elle-même.

19. — La jurisprudence est absolument unanime à ce sujet, appuyée du reste par la presque totalité de la doctrine. Se sont nettement prononcés dans le sens indiqué les traités de MM. Boistel (N° 323), Pont (t. 2, N° 1697), Lyon-Caen et Renault (t. 2, N° 841), Houpin et Bosvieux (t. 2, N° 1115), Floucaud-Pénardille (t. 2, N° 794), Rousseau (t. 1, N° 2318), Arthuys (N° 570), Goirand (N° 618), Thaller et Pic (t. 3, N° 1545), Lacour et Bouteron (t. 1, N° 573), Décugis (N° 313). Tous ces auteurs font ressortir à juste titre que la loi a institué les commissaires aux comptes à la fois dans l'intérêt du bon fonctionnement de la société et dans une idée de protection des créanciers sociaux. Cette affirmation nous semble excessivement juste, mais n'étant fondée sur aucun texte légal, elle est une pétition de principe. Car vouloir prétendre que l'art. 1382 est applicable aux commissaires parce que ces derniers sont institués également dans l'intérêt des tiers, c'est renvoyer la preuve à cette dernière proposition où elle ne peut pas aboutir directement pour défaut d'un texte formel.

MM. Lyon-Caen et Renault (t. 2, N° 841) font ressortir que l'art. 44 de la loi de 1867 consacre formellement la responsa-

---

(1) G. P. 98.II.262. (2) S. 99.I.85. (3) Rec. Amiens 1899.217. (4) J. S. 1912.20 ; G. P. 1911.163. (5) D. H. 1926.II. (6) S. 35.I.129 ; D. H. 1935.161. (7) D. P. 67.II.178. (8) J. S. 1905.500.

bilité des administrateurs vis-à-vis des tiers, conformément aux règles du droit commun, et ils concluent à une responsabilité analogue des commissaires aux comptes, « car on ne voit pas pourquoi la loi qui admet la responsabilité directe des administrateurs envers les tiers, exclurait celle des commissaires envers eux ». On peut s'étonner de trouver un argument de cette faible valeur sous la plume de si puissants auteurs, ceci d'autant plus qu'en pure logique juridique, l'argument se retourne dangereusement contre la thèse à prouver par un simple raisonnement *a contrario*.

L'essai en a été fait par ailleurs devant la justice, mais la Chambre des Requêtes le rejeta par un arrêt du 18 août 1868 (1) en faisant valoir que l'article 1382 constitue le droit commun et qu'il suffit, en effet, que l'application du droit commun ne soit pas exclue par un texte pour que sa mise en jeu éventuelle soit certaine.

20. — En doctrine, nous avons pu relever deux opinions contraires à celle de la grande majorité. M. Bédarride (N° 489) prétend qu'on ne saurait rendre les commissaires responsables à l'égard des tiers, car si l'art. 44 de la loi de 1867 vise expressément la responsabilité des administrateurs envers les tiers, l'art. 43 fixe celle des commissaires aux comptes dans les limites du mandat contractuel. Cette différence, dit M. Bédarride, s'explique en raison du caractère différent des missions confiées aux administrateurs d'une part et aux commissaires d'autre part. Le rôle des commissaires est tout d'ordre intérieur ; il ne s'extériorise pas et ne peut s'extérioriser puisqu'aussi bien les commissaires ne peuvent s'immiscer dans la gestion de la société. Ils ne peuvent en aucun cas se trouver en relation ou en rapport avec les tiers, dont les intérêts sont sauvegardés par leur recours contre les administrateurs. Dans ces conditions, les reconnaître responsables vis-à-vis des tiers, ce serait les

---

(1) R. S. 1869.I.74.

frapper plus durement qu'ils ne doivent l'être juridiquement.

M. Copper-Royer (t. IV, p. 296) refuse à son tour l'action en responsabilité aux tiers en faisant valoir qu'on ne saurait la fonder ni sur un mandat, ni sur l'art. 1382, étant donné que le commissariat est un organe purement interne dont le rapport n'est pas soumis à la publicité. Or, dit ce savant auteur, seule cette publicité pourrait être la cause directe d'un préjudice pour les tiers et elle ne saurait entraîner la responsabilité du commissaire, n'étant pas de son fait. La manière dont il s'est acquitté de sa mission n'a donc rien à voir avec le fait d'une publication insolite de son rapport, seule faute génératrice du préjudice.

Il est certain que ce point de vue est purement théorique et ne tient aucun compte de la réalité de la vie et du fonctionnement des sociétés anonymes. Or, il ne faut pas oublier que l'art. 1382 nous place surtout dans le domaine des faits, de sorte que, pour appliquer correctement ce texte, il convient de tenir compte beaucoup moins de théories abstraites et subtiles que des réalités certaines. C'est un fait incontestable que les rapports des commissaires reçoivent une large publicité, en ce qui touche les sociétés un peu importantes tout au moins, et que cette publicité, pour ne pas être légalement obligatoire, n'en est pas moins entrée dans les mœurs financières. D'ailleurs, lorsqu'une société doit fournir à un tiers des renseignements sur sa situation, elle produit notamment les rapports du commissaire aux comptes. Cela étant, le commissaire ne peut pas, de bonne foi, soutenir qu'il n'a pas eu à se soucier du préjudice qu'un rapport inexact serait susceptible de causer aux tiers qui pourront l'avoir sous les yeux, une telle communication étant une éventualité qui n'a rien d'illégal et qui est d'une pratique habituelle. M. Copper-Royer a donc sûrement tort au point de vue de la pratique des affaires.

Mais il a également tort sur le terrain du droit pur. Ce droit admet bien l'existence des actions au porteur, qui sont transmissibles avec tous les droits y attachés par simple remise de



la main à la main. Tout d'abord il ne peut pas être douteux qu'un actionnaire, qui a été présent ou représenté dans une assemblée générale, ait pris connaissance du rapport du commissaire d'une façon absolument normale, sans qu'il ait fallu l'interposition d'une publicité malencontreuse. Cet actionnaire pris individuellement peut donc se prévaloir du rapport du commissaire aux comptes. Or, vis-à-vis de ce dernier, cet actionnaire est bien un tiers, la convention du mandat liant le commissaire uniquement à la société et non aux actionnaires pris *ut singuli* (v. N° 21). Il est donc certain que, pour cette première catégorie de tiers, le raisonnement de M. Copper-Royer est complètement inopérant.

Mais rappelons-nous que nous sommes en présence d'actions au porteur, dont la transmission de la propriété se fait par simple remise manuelle, avec transfert, selon la majorité des auteurs, de tous les droits y attachés. Est-ce qu'un tiers, qui voudrait se prévaloir de l'article 1382 contre le commissaire aux comptes, ne pourrait pas prétendre alors avoir acheté une action d'un ancien porteur, présent à l'assemblée générale ? Faudrait-il lui demander la preuve de ce fait qui, selon les règles du droit même, consacrant l'anonymat des porteurs successifs d'actions, n'est pas faisable ? La théorie soutenue par M. Copper-Royer se trouve donc en difficulté avec un autre grand principe du droit des sociétés résultant de l'existence légale des actions au porteur.

Enfin, il ne faut pas oublier non plus que la responsabilité délictuelle est engagée en vertu de l'art. 1382 vis-à-vis des tiers pour « tout fait quelconque » aux termes mêmes de la loi. Le texte légal n'aurait pu être conçu d'une façon plus générale qu'il ne le fut par les rédacteurs du Code civil. Aucune condition spéciale n'est prévue pour l'application de ce texte, si ce n'est l'existence d'une faute de la personne responsable et l'existence d'un dommage causé par cette faute.

Le but de l'article 1382 est donc précisément de faire sortir la responsabilité du cadre contractuel dans lequel la théorie de

M. Copper-Royer tâche de l'enfermer, et il suffit que le tiers ait subi un préjudice du fait d'une mauvaise exécution de la mission du commissaire aux comptes, sans qu'il soit nécessaire qu'il ait connu le rapport critiquable du commissaire. Car la mauvaise exécution de la mission ne réside pas seulement dans le dépôt d'un faux rapport, mais avant tout dans la négligence apportée aux mesures de contrôle et de surveillance durant l'année sociale même. Les tiers sont en droit d'attendre que le commissaire fasse son travail ; c'est l'état normal des choses. La présence même du commissaire est pour eux une garantie de vérification et de sauvegarde, sans qu'ils aient à recevoir eux-mêmes des affirmations ou rapports à ce sujet. Le commissaire est en quelque sorte une « soupape de sûreté » qui doit fonctionner chaque fois que l'administration de la société s'écarte de la gestion normale, en la ramenant ainsi dans le bon chemin et en faisant appel, s'il le faut, à l'assemblée générale des actionnaires. Une faute du commissaire dans l'exécution de sa mission peut donc être la source directe d'un préjudice pour les tiers et ces derniers sont en droit de lui en demander réparation sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil, articles qui constituent le fondement de la responsabilité civile délictuelle des commissaires aux comptes.

21. — Cette responsabilité est donc engagée vis-à-vis des tiers ; nous avons vu et nous le verrons encore d'une façon plus précise, qu'il faut comprendre sous cette expression de tiers également les actionnaires pris individuellement, qui ne peuvent pas se prévaloir séparément de la responsabilité contractuelle du commissaire.

Il s'agit maintenant de savoir si la société elle-même peut invoquer la responsabilité délictuelle ou si son action est toujours liée à celle qui résulte du contrat, à savoir celle qui sanctionne les fautes commises dans l'exécution d'un mandat (voir *supra* N° 11).

La même question se pose dans le cas d'un groupe d'action-

naires, voulant faire valoir les droits de la société à l'égard du commissaire. Nous nous trouvons en face de la question de l'option possible entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle.

22. — Avant d'essayer de résoudre cette délicate question, il y a lieu de se demander si elle peut réellement présenter un intérêt pratique, sous peine de nous égarer autrement dans une spéculation de droit purement théorique.

Selon les principes de la loi même, de la jurisprudence et de la doctrine à peu près unanimement admis, la responsabilité délictuelle présente certains avantages vis-à-vis de la responsabilité contractuelle. Tout d'abord, la réparation est plus générale, car la responsabilité délictuelle est engagée même pour des fautes très légères, tandis qu'en matière contractuelle il faut une faute qu'un « bon père de famille » n'aurait pas commise. Nous aurons l'occasion d'étudier cette question de la faute plus loin en détail (v. N<sup>os</sup> 41 et suiv.). Ensuite, la réparation du préjudice est plus étendue, car en matière délictuelle le responsable ne répond pas seulement comme en matière contractuelle des conséquences directes et prévisibles de sa faute, mais même des dommages indirects qui ne pouvaient pas être prévus. Ce point peut évidemment présenter un intérêt réel pour la société et les actionnaires agissant en son nom. Enfin, en matière délictuelle, le créancier peut assigner devant le tribunal du lieu où la faute a été commise, question qui cependant semble dépourvue d'intérêt en matière de censariat, car la faute se commet presque toujours au siège de la société, qui est également le lieu de la conclusion du contrat.

Par contre, la preuve de la faute est généralement plus facile à faire en matière contractuelle, car dans le premier cas il incombe à la victime de fournir la preuve de la faute, tandis que dans le dernier cas il appartient en dernier lieu au contractant poursuivi en responsabilité de prouver d'avoir consciencieusement rempli ses engagements.



Cependant, cette question elle aussi semble être à peu près dépourvue d'intérêt pour le commissariat aux comptes, car si en matière délictuelle le demandeur doit faire la preuve de la faute, dans le cas qui nous occupe il devra également démontrer en matière contractuelle le vice du rapport du commissaire ou sa négligence dans l'exécution de son mandat. Ceci tient au fait que la responsabilité envisagée ne peut jouer même en matière délictuelle qu'à l'occasion de la fonction et du contrat qui lie le commissaire à la société ; si cette condition n'était pas remplie, il ne s'agirait plus d'une responsabilité censoriale. Tout au plus pourrait-on reconnaître un intérêt à cette question de la preuve partout où la réforme de 1935 a ajouté à l'ancienne obligation de moyen une obligation particulière expressément précisée par la loi.

Nous pouvons donc conclure qu'en théorie il n'existe pas un grand intérêt à faire une séparation entre les responsabilités contractuelle et délictuelle des commissaires vis-à-vis de la société ou des actionnaires agissant en vertu de l'art. 17 de la loi de 1867, et nous pouvons même ajouter qu'en pratique la jurisprudence n'a jamais nettement distingué puisque, comme nous l'avons vu, les deux responsabilités émanent de la même source, la mission du commissaire, en se superposant, et puisque, comme nous le verrons plus loin (v. N° 494), il n'est pas toujours aisé de distinguer l'action individuelle des actionnaires de l'action sociale exercée *ut singuli* par eux.

Ceci dit, considérons néanmoins rapidement le problème de l'option entre les deux responsabilités pour pouvoir répondre à la question qui peut révéler, nous l'avons vu, un intérêt pratique dans quelques cas peu nombreux.

23. — La jurisprudence et la doctrine sont assez partagées sur la solution à apporter à cette question d'option entre les deux responsabilités par le bénéficiaire. Ceci provient du fait que l'article 1382, conçu d'une façon extrêmement générale, s'oppose dans ce cas à l'art. 1134 qui décide que la convention

tient lieu de loi entre les parties. Vouloir admettre que l'article 1382 trouve application malgré et même contre la convention, ce serait nier la forme obligatoire des conventions, à moins de déclarer que l'art. 1382 est d'ordre public et ne peut être abrogé par la convention entre les parties conformément à l'art. 6 du Code civil.

Or, l'art. 1382 ne semble pas être d'ordre public, car la loi elle-même limite dans quelques cas les obligations qui résulteraient de la stricte application de cet article (dépôt, vices cachés, commodat). Il faut donc conclure que là où la loi elle-même détermine des obligations spéciales, l'art. 1382 est écarté. Et on peut se demander alors si tel n'est pas le cas en matière de commissariat aux comptes, puisque l'art. 43 de la loi organique de 1867 précise que l'étendue et les effets de la responsabilité des commissaires envers la société sont déterminés d'après les règles générales du mandat.

Permettre à la société d'invoquer la responsabilité délictuelle du commissaire serait lui permettre de contrevenir à la règle de l'art. 43 de la loi de 1867 et de vider cet article complètement puisque, dans la seule question où il peut être avantageux de se référer à la responsabilité contractuelle, c'est-à-dire dans celle de la preuve de la faute du débiteur, la nature même de l'obligation du commissaire efface cet intérêt, comme nous l'avons vu plus haut. Il n'existerait donc aucun cas dans lequel la société aurait avantage à invoquer plutôt l'art. 43 de la loi de 1867 que l'art. 1382 du Code civil, et l'art. 43 pourrait être supprimé purement et simplement comme dépourvu de tout intérêt pratique.

Il faut penser, tout au contraire, que l'art. 1382 n'établit qu'une responsabilité subsidiaire en cas d'absence de toute convention formelle ou implicite entre les parties. Par ailleurs, cet article ne se trouve-t-il pas dans un chapitre qui lui-même est placé dans un titre intitulé « Des engagements qui se forment sans convention » ? L'art. 1382, comme tous les textes de ce titre, sont donc exclusifs de toute hypothèse où il y a une

convention entre les parties. Dans ces conditions, admettre que le créancier contractuel puisse invoquer l'art. 1382, ce serait admettre qu'une même personne peut cumuler sur sa tête deux qualités exclusives l'une de l'autre : la qualité de contractant et la qualité de tiers.

24. — Et enfin, sur un plan plus général encore, la théorie de l'option, si on devait l'admettre, aurait des conséquences pratiques graves ; elle entraînerait la ruine de la théorie des obligations contractuelles en provoquant l'abolition de la sanction qui est prévue dans les art. 1146 et suiv. du Code civil traitant « Des dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation ». A quoi bon créer des règles particulières et, en général, restrictives, si le créancier contractuel a le droit de faire valoir la responsabilité délictuelle ? Ce serait la ruine du principe de la liberté des conventions.

C'est pour ces raisons que nous rejetons la possibilité de l'option pour la société et les actionnaires agissant par l'action sociale contre leur commissaire aux comptes et que nous estimons que la responsabilité qui peut être invoquée par eux est uniquement la responsabilité contractuelle de l'art. 43 de la loi de 1867.

25. — Il ne faut pas davantage estimer qu'il y a exception à ce principe, donc admission de la théorie de l'option, si on permet à la société de faire valoir ses droits par la voie correctionnelle quand il y a délit pénal du commissaire. Dans ce cas, a-t-on dit, la faute contractuelle est elle-même un délit pénal ; elle n'existe plus sous sa première forme, étant absorbée par le caractère pénal du délit, qui lui-même se dédouble en délit civil s'il a causé préjudice à une victime.

Il nous semble cependant que cette explication n'est pas bien solide et qu'elle confond la responsabilité pénale avec la responsabilité civile. Le caractère pénal de la faute ne peut pas faire disparaître son caractère civil, pour le faire renaître



ensuite sous une autre forme, pas plus que le délit ne fait disparaître le contrat. Au point de vue civil, la faute n'en reste donc pas moins une faute contractuelle et ce que fait valoir la société en se portant partie civile dans l'instance correctionnelle, ce ne sont pas des droits fondés sur l'art. 1382, mais bien ceux qui résultent du lien contractuel qui l'unissent à son commissaire. (V. Cass. crim., 22 janv. 1927) (1).

26. — Dans ces conditions, nous restons dans l'application stricte de la règle *de la non-possibilité d'option* et l'art. 1382 ne sert de fondement et de source qu'à l'action en responsabilité engagée envers le commissaire par les tiers au sens strict du mot.

---

(1) D. P. 27.I.126.

## CHAPITRE QUATRIEME

**La responsabilité institutionnelle des Commissaires aux comptes**

27. — Nous avons étudié dans les trois premiers chapitres de ce titre les sources et le fondement de la responsabilité pénale et civile du commissaire aux comptes. La responsabilité pénale est édictée non seulement par les textes généraux de l'abus de confiance et de l'escroquerie, mais par des prescriptions de la loi organique des sociétés de 1867 et par toute une série de modifications et d'additions à cette loi datant de la réforme de 1935. L'idée directrice qui est à la base de toutes ces sanctions pénales est le désir de mieux réprimer les abus auxquels la société anonyme, par les conditions de sa fondation et de fonctionnement même, se prête si facilement. Les peines, par leur importance et par leur vigueur, doivent opérer avant tout une influence salubre préventive.

Quant à la responsabilité civile, elle prend sa source dans l'art. 43 de la loi de 1867 qui renvoie au droit commun régissant le mandat, tout au moins en ce qui concerne la responsabilité envers la société elle-même ou un groupe d'actionnaires admis à faire valoir l'action sociale. En ce qui concerne les tiers, et notamment les actionnaires agissant *ut singuli*, la source de la responsabilité civile réside dans les célèbres articles 1382 et 1383 du Code civil, créant la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle. Toute cette responsabilité civile basée soit sur l'art. 43 de la loi de 1867, soit sur l'art. 1382 du Code civil, est avant tout une responsabilité réparatrice à l'égard des personnes ayant subi un préjudice par la faute du commissaire aux comptes, conformément à une vieille idée qui ne voit dans la responsabilité civile qu'une réparation du préjudice causé.

Mais cette idée est aujourd'hui singulièrement dépassée par les faits, surtout en matière de société anonyme, où le préjudice à réparer s'élève facilement à des sommes telles que les personnes ayant charge de réparation (nous pensons aux administrateurs et surtout aux commissaires aux comptes) sont hors d'état de donner satisfaction aux intérêts lésés par leur faute. Sous peine de consacrer une responsabilité réparatrice à peu près platonique et de pure théorie dans la matière qui nous occupe, le législateur a dû songer à mettre fin dans la mesure du possible à ce divorce entre les faits de la pratique et les théories légales du droit.

Pour y arriver, il est impossible d'édicter des réparations civiles d'un chiffre plus important, car cette réparation trouve sa mesure et sa limite dans l'importance du préjudice causé.

Par contre, il y a lieu de préciser davantage les règles de la responsabilité civile pour les enfermer dans un cadre strict à déclenchement automatique et infaillible afin de la rendre plus évidente et plus menaçante. C'est un fait que la conscience de la responsabilité rend les hommes plus attentifs et les incite à éviter autant que possible les actes préjudiciables.

Dans cet ordre d'idées, il faut établir des règles spéciales régissant le fonctionnement de la société anonyme, enfermant ainsi les personnes responsables de ce bon fonctionnement dans une charte de devoirs stricts, dont l'inobservation devient une chose matériellement constatable et réparable avant que le préjudice ait pris des proportions par trop considérables. De réparatrices, les règles de la responsabilité civile en matière de société doivent devenir préventives. L'art. 1382, base d'une responsabilité certaine mais assez difficilement saisissable, intervenant au surplus seulement quand le mal est fait, doit être précédé par une série de mesures qui fixent exactement le rôle et les responsabilités des administrateurs dans leur mission de gestion de la société anonyme, ainsi que le rôle et les responsabilités des commissaires aux comptes dans leur mission de contrôle de cette gestion.



La loi, érigeant ainsi d'une façon précise le statut fonctionnel des responsabilités des administrateurs et des commissaires des sociétés, crée une condition des plus importante pour assainir et pour moraliser cette institution essentielle qu'est devenue la société anonyme pour la vie économique du pays. Car, au rebours de la conception traditionnelle, la société anonyme est plus qu'un groupement d'individus qui se sont liés par un contrat d'exploitation commerciale : la société anonyme est une institution, un organisme vivant d'une vie indépendante de celle de ses membres, capable de prospérer et de mourir en dehors d'eux, possédant des droits et des devoirs propres et déployant une activité qui intéresse le pays tout entier. Elle répond bien à la notion de l'institution que M. le Doyen Hauriou a essayé de transporter si heureusement du domaine du droit public dans celui du droit privé (Cf. Hauriou : *La théorie de l'institution et de la fondation*).

Et nous disons même que la société anonyme est le prototype de l'institution dans le droit commercial.

**28.** — En appliquant ainsi la théorie institutionnelle à la société anonyme, nous ne perdons pas de vue que la société a été créée par un contrat de base. Mais dans ce pacte de fondation, les droits propres de l'actionnaire seuls ont un caractère contractuel. Le contrat lui-même donne naissance à une institution, c'est-à-dire à un organisme ayant pour fin la poursuite d'un intérêt particulier des actionnaires dans le cadre d'un intérêt plus général du pays.

Les autres données du pacte de fondation sont des voies et moyens ayant pour but la poursuite de l'intérêt commun et elles ont à ce titre le caractère institutionnel en ce qui concerne les règles de fonctionnement prescrites par la loi. Elles sont la charte de l'organisme bien plutôt que les clauses d'un contrat et échappent ainsi au libre jeu de l'autonomie de la volonté des contractants. Là où la théorie contractuelle attribuait tout à la volonté, la théorie institutionnelle retient également le rôle

de la finalité et de l'intérêt national qui viennent assigner des limites à l'autonomie de la volonté. Car dans la société anonyme il n'y a pas uniquement des intérêts individuels, des droits individuels, des volontés individuelles, celles-ci détachées de toute finalité, libres de toute règle de raison ou d'équité, tendant, sur la base d'un contrat de mise en commun, à faire fonctionner la société et à créer tous les droits en elle, il y a avant tout, et nous l'avons déjà dit, une institution qui doit se conformer aux règles légales établies dans l'intérêt de tout le monde et de l'économie nationale basée sur la notion de finalité.

29. — Mais ne faut-il pas craindre que cette mainmise de la théorie institutionnelle sur le libre exercice de la volonté des contractants crée un état d'insupportable arbitraire ? Nous ne le croyons pas aussi longtemps que le législateur se rappelle que la société fonctionne non seulement dans l'intérêt national, mais également dans l'intérêt social de ceux qui l'ont créée avec leurs capitaux et à leurs risques, c'est-à-dire aussi longtemps que le respect légal des besoins de l'intérêt social d'une part, et des droits de la personne humaine d'autre part, assigneront des limites à l'exercice de l'autonomie de la volonté et de la propriété individuelle.

Ces limites seront les bases essentielles de la partie contractuelle du statut de la société : elles détermineront les droits propres des actionnaires. Ainsi, les sept actionnaires n'ont pas perdu la propriété de leurs apports au profit d'une huitième personne, la société. Ils l'ont simplement soumise à une forme de co-propriété grevée d'une affectation spéciale. C'est ainsi qu'ils sont maîtres de désigner la sphère d'activité dans laquelle le but social, c'est-à-dire la réalisation des bénéfices, doit être poursuivi. L'emprise de l'institution sur la société n'est donc pas totale : elle a pour mesure et pour limite le respect de la propriété individuelle et de la volonté autonome qui peut se mouvoir librement dans le cadre que la loi a cru devoir tracer d'avance dans l'intérêt général de l'économie du pays.

30. — Par ailleurs, est-il tellement certain que la volonté des actionnaires s'exerce librement dans la société anonyme, pour que nous soyons autorisés à veiller si scrupuleusement sur l'autonomie de la volonté appliquée au contrat de la société anonyme ?

Hormis le cas de fondation simultanée par un syndicat financier, qui souscrit toutes les actions en un même moment, et qui peut discuter la rédaction des statuts initiaux, ceux-ci sont imposés aux souscripteurs, ayant été rédigés par les fondateurs avant l'ouverture de la souscription ; chacun doit les accepter sans pouvoir en débattre les clauses. La volonté de l'actionnaire n'a pas formé le contrat, elle est seulement la condition de son engagement. Nous savons bien que la souscription vaut acceptation. Néanmoins cette acceptation en bloc, cet « à prendre ou à laisser », ne donne aucune possibilité à la volonté individuelle de s'exercer sur les différentes clauses du contrat, quoiqu'il soit pourtant presque de l'essence du contrat qu'il soit librement et entièrement débattu par les contractants. Nous savons combien la loi, à juste titre, se méfie des contrats d'adhésion et qu'elle intervient toujours impérativement pour en éviter les abus.

L'autonomie de la volonté de l'actionnaire ne s'exerce pas plus pendant la durée du fonctionnement de la société que lors de la formation de celle-ci, du moins dans la grande majorité des cas, car les assemblées générales, dans lesquelles cette volonté doit se manifester, ne réunissent pratiquement qu'une partie des actionnaires et se trouvent dominées par la volonté de quelques-uns, les administrateurs. Devant la carence générale des actionnaires, il nous semble qu'il vaut mieux confier au législateur plutôt qu'à une poignée d'administrateurs le soin de protéger les intérêts de tout le monde, y compris ceux des actionnaires eux-mêmes, quand bien même ceux-ci se désintéressent d'une affaire dans laquelle leurs capitaux sont investis et qui doit être, selon la théorie, l'émanation de leur volonté délibérée, tandis qu'elle est, en pratique, un instrument de



haute importance économique laissé entre les mains de quelques dirigeants.

Qu'on ne vienne donc pas nous opposer la théorie purement contractuelle de la société anonyme qui elle-même n'est jamais arrivée à se conformer tant bien que mal à la réalité des faits qu'en ayant recours au subterfuge d'une délégation préalable de la volonté contractuelle aux organes de la société et à la majorité des assemblées.

31. — Qu'on ne vienne pas non plus invoquer les grands principes du droit privé, tel qu'il a été conçu par les codes napoléoniens. Le droit civil de 1804 a subi l'influence d'un individualisme exacerbé. Il a envisagé les individus comme tous libres, tous égaux ; il avait pour objet la satisfaction des intérêts individuels.

Mais depuis, le droit des obligations a dû se dépersonnaliser, le lien entre les personnes est devenu de plus en plus un lien entre les patrimoines et dans le développement de ce phénomène de la socialisation du droit, la société anonyme a joué un rôle des plus important. Car le développement des sociétés de capitaux est un retour à une forme collectiviste, plus finaliste, plus fonctionnelle de la propriété, c'est une réaction contre l'individualisme.

Pour si bien fondées, si définitives et intangibles qu'apparaissent certaines solutions consacrées par les codes, il doit cependant être permis d'en vérifier l'exactitude et d'en éprouver la valeur lorsque, par l'effet des circonstances, elles ne répondent plus aux nécessités de l'heure. Science morale, le droit doit s'accommoder du caractère mouvant des choses humaines.

Dans cet ordre d'idées, nous estimons que la société anonyme, sans abandonner complètement la base contractuelle qui lie les actionnaires et la société, est devenu une véritable institution dans la vie économique du pays et que la volonté de l'Etat qui doit se manifester sous la forme d'une réglementation serrée et prévoyante de cette institution dans l'intérêt

commun de tous, doit primer le principe de l'autonomie de la volonté si cher à nos pères.

32. — Telle fut, sans doute, également la conception du législateur de 1935, qui s'est basé sur le projet de loi sur les sociétés présenté par M. le Sénateur Lesaché, dont le nom restera toujours attaché à cette réforme que nous n'hésitons pas de qualifier d'heureuse.

M. Lesaché a fort justement posé en principe que la société anonyme faisant appel à l'épargne, est moins un organisme privé qu'une véritable entreprise nationale, ce qui justifie l'intervention très stricte du législateur pour surveiller et pour réglementer son activité. On comprend donc que les décrets-lois qui se sont inspirés de ces idées aient fait une large place aux mesures d'un contrôle institué non seulement dans l'intérêt des actionnaires, mais de tous, en cherchant ainsi à rétablir un équilibre qui avait été faussé au profit des dirigeants sociaux.

Si l'on fait un examen comparatif des textes anciens et des textes nouveaux, on constate que le décret du 8 août 1935 a cherché surtout à renforcer le contrôle du commissaire, à sortir ce dernier de sa mission de mandataire pure et simple de la société pour lui confier une mission plus élevée que nous n'hésitons pas à qualifier d'institutionnelle, tout en aggravant corrélativement sa responsabilité.

Ce faisant, le législateur de 1935 est entré dans la voie qu'avait adoptée avant lui le législateur italien qui a dit dans l'exposé des motifs de son décret-loi du 30 octobre 1930 : « Les sociétés par actions absorbent l'épargne nationale. Ceux qui les dirigent, administrent non pas tant le capital d'un nombre plus ou moins grand d'individus particuliers, que le capital de la nation. Les malversations et le gaspillage des capitaux des sociétés constituent un gaspillage national et atteignent directement la force économique et par suite la puissance de la nation. »

Bien entendu, la réforme de 1935 n'a point supprimé le caractère de mandataire des actionnaires que la loi de 1867 avait timidement assigné aux commissaires aux comptes. Tout au contraire, nous l'avons vu plus haut (v. N° 12) elle a affirmé avec force ce lien de mandat qui lie le commissaire à la société. Nous n'avons pas à y revenir.

Mais la réforme de 1935 donne en même temps au commissaire une fonction institutionnelle dans l'intérêt supérieur de l'économie du pays et fait prévaloir cette fonction sur celle de mandataire en cas de conflit. Tout en affirmant le caractère de mandataire du commissaire, la réforme de 1935 écarte quelques-unes des règles essentielles régissant le mandat selon le Code civil ; elle limite le libre choix du mandant, impose la durée du mandat, met obstacle à la révocabilité du mandataire et fixe impérieusement sa mission, ses attributions et les moyens d'exécution.

Dans ces conditions, on peut se demander ce qui reste aux actionnaires des prérogatives d'un mandant libre et si tout ne se résume pas dans le simple droit de désigner le mandataire dans la limite des facultés laissées par la loi. Et ces limites sont assez serrées.

**33. —** En effet, les actionnaires n'ont plus le libre choix de la personne du commissaire, l'art. 33 de la loi de 1867, modifié par le décret-loi du 8 août 1935, exclut sous peine d'une très forte amende, toute une série de personnes qui furent souvent choisies par les administrateurs : ce sont leurs parents et alliés ou le conjoint des administrateurs ou des apporteurs, les personnes recevant sous une forme quelconque un salaire ou une rémunération des administrateurs, de la société, d'une filiale de celle-ci ou de sa maison mère, les personnes exclues ou déchues du droit d'exercer la fonction d'administrateur, ainsi que le conjoint de toutes ces personnes.

Toujours en vertu du même paragraphe, dans les sociétés faisant appel à l'épargne publique (et c'est le cas de toutes les



grandes entreprises), l'un des commissaires au moins doit être choisi sur une liste de commissaires agréés par la Cour d'appel dans le ressort de laquelle se trouve le siège social. Dans ce cas, le choix porte sur un nombre fort limité de personnes, présentant toutes les mêmes garanties minima de compétence et de moralité, et qui sont beaucoup plus les représentants qualifiés et interchangeables d'une fonction institutionnelle que les mandataires librement choisis des actionnaires. Car, peut-on parler de la liberté du choix d'un maçon devant un tas de briques strictement homogènes ? Ajoutons encore que, selon l'art. 26 de la loi du 19 octobre 1919 sur l'utilisation de l'énergie hydraulique, le commissaire d'une société concessionnaire doit être de nationalité française, de même que le commissaire des sociétés anonymes concessionnaires de travaux ou de services publics en vertu de l'art. 2 du décret-loi du 12 novembre 1938. Le choix du commissaire a donc été l'objet de mesures restrictives formelles de la part du législateur.

Est-ce que ces mesures ont été prises dans l'intérêt exclusif des actionnaires comme pour les protéger contre leur propre faiblesse ? Certainement non, l'introduction de la notion de la société faisant appel à l'épargne publique le prouve à l'évidence. Et même parmi les mesures prises à l'égard des sociétés ne faisant pas appel à l'épargne publique, nous discernons l'intérêt institutionnel poursuivi par le législateur en dehors de l'intérêt des actionnaires et de l'autonomie de leur volonté. Comment expliquer autrement la défense de choisir un parent ou allié si le consentement unanime des actionnaires est obtenu ? Comment expliquer qu'il est dorénavant impossible à une maison mère de faire désigner son chef-comptable comme commissaire de la société filiale, chose qui fut couramment pratiquée avant 1935 et qui semble être absolument dans la logique d'une bonne gestion ?

C'est que le commissaire aux comptes n'opère pas uniquement dans l'intérêt des actionnaires, mais avant tout dans celui de l'économie nationale. Ceci est si vrai que l'art. 32 de la loi

de 1867 stipulait déjà qu' « à défaut de nomination des commissaires par l'assemblée générale, ou en cas d'empêchement ou de refus d'un ou de plusieurs des commissaires nommés, il est procédé à leur nomination ou à leur remplacement par ordonnance du Président du Tribunal de Commerce du siège de la société, à la requête de tout intéressé, les administrateurs dûment appelés. »

Ce qui est surtout remarquable, dans cette disposition qui ne fut pas touchée par la réforme de 1935, c'est que c'est à la requête de « tout intéressé » et par conséquent aussi bien d'un créancier que d'un actionnaire que la nomination du commissaire peut avoir lieu par le tribunal.

**34.** — Après les limitations apportées par la loi au choix du commissaire, la loi de 1935 et surtout un décret-loi du 31 août 1937 précise dans son article 6 la durée de la mission du commissaire. Dorénavant, « l'assemblée générale ordinaire des actionnaires désigne pour trois ans un ou plusieurs commissaires... »

On peut se demander alors immédiatement, si le caractère impératif de la durée normale des fonctions du commissaire n'implique pas l'irrévocabilité de celui-ci par les actionnaires. A quoi servirait la nouvelle disposition légale si l'assemblée générale pouvait, à tout moment, remplacer le ou les commissaires désignés pour trois ans qui ont cessé de plaire ?

C'est par cette unique considération et en dehors de l'examen des projets antérieurs que nous pensons, contrairement à M. Solus (N° 253) et M. Lagarde (N° 62), mais avec M. Masson, qui a exposé la question dans la *Revue trimestrielle du Droit des Sociétés* (N° juillet-sept. 1938), que le commissaire est désormais irrévocable sauf pour juste motif et judiciairement.

L'argument invoqué par M. Solus ne vaut rien : « ...le commissaire est un mandataire ; or, le mandat est essentiellement révocable... ».

A notre avis, la nouvelle disposition prouve tout au contraire,

que le commissaire est plus qu'un simple mandataire des actionnaires et qu'il est investi par la loi d'une fonction spéciale, institutionnelle et non révocable.

35. — Ensuite, toujours dans le même ordre d'idée, le législateur a eu soin de réglementer également impérativement la mission du commissaire et ceci certainement pas dans l'intérêt exclusif des actionnaires. Il suffit de considérer, pour le prouver, la prescription édictée par l'art. 34 modifié de la loi du 24 juillet 1867 qui punit *« d'un emprisonnement de un à cinq ans et d'une amende de 1.000 à 20.000 francs ou de l'une de ces deux peines seulement, tout commissaire qui n'a pas révélé au Procureur de la République les faits délictueux dont il a eu connaissance. »*

Cette révélation des faits, non seulement à l'assemblée, mais au Parquet, peut, bien souvent, apparaître comme peu conforme à l'intérêt de la société elle-même, car il est possible dans bien des cas, que l'intérêt de la société et des actionnaires, et même celui des créanciers actuels, soit de passer sous silence des faits dont la révélation amènera une atteinte au patrimoine de la société ou jettera le discrédit sur celle-ci. Mais cet intérêt ne coïncide pas avec celui des futurs créanciers, ou avec celui des futurs actionnaires, et surtout avec l'intérêt général tout court.

Le double rôle du commissaire aux comptes est donc manifeste, ce qui permet à M. Tchernoff (suppl. 28<sup>bis</sup>) de dire que le commissaire aux comptes, d'après la nouvelle conception du législateur, est à la fois mandataire de l'assemblée générale et auxiliaire du ministère public.

36. — Mentionnons également une autre disposition ajoutée à la loi de 1867 par le décret du 31 août 1937. En vertu du nouvel article 17 de cette loi, déclaré applicable aux sociétés anonymes, *« ...aucune décision de l'assemblée générale ne peut avoir pour effet d'éteindre une action en responsabilité contre*



*les commissaires aux comptes pour faute commise dans l'accomplissement de leur mandat.»*

On ne saurait prouver d'une façon plus éclatante que par ce texte, que les commissaires ne doivent pas seulement rendre compte par le jeu de leur responsabilité aux actionnaires, mais également à tout intéressé, et que le droit de ces derniers est absolument indépendant des droits de la société. Le commissaire aux comptes n'est pas un mandataire simple des actionnaires formant société et il n'a pas uniquement à rechercher, comme dit si justement M. Percerou dans *Thaller et Percerou* (p. 435) si la gestion est conforme aux intérêts de la société. Il doit sauvegarder en véritable organe institutionnel les intérêts de l'économie nationale et doit opérer comme « une soupape de sûreté », jetant l'alarme aussitôt que le fonctionnement normal de cet organisme qu'on appelle la société anonyme semble en danger. D'organe privé, le commissariat est devenu une fonction semi-officielle.

37. — Aussi la réforme de 1935, après avoir ainsi réalisé la nouvelle idée de l'institution du censoriat, a pris soin de lui assurer un statut administratif, en disant, dans la modification de l'art. 33 de la loi de 1867, qu'un « *décret fixera les conditions disciplinaires auxquelles seront assujettis les commissaires ainsi recrutés* ».

Ce décret a paru le 29 juin 1936 et a soumis obligatoirement les commissaires inscrits sur la liste d'une Cour d'appel à une Chambre de discipline qui est une émanation de l'association professionnelle que ces commissaires doivent constituer entre eux. Cette Chambre de discipline a le droit de prononcer des sanctions pour les manquements des commissaires à leurs devoirs professionnels, pour les fautes commises par eux et portant atteinte à leur considération, à leur honneur ou à leur autorité.

En même temps, la réforme de 1935 déclare applicable aux commissaires, l'art. 378 du Code Pénal, c'est-à-dire la sanction

pour violation du secret professionnel. Une fois de plus, la loi se sépare ainsi de la règle juridique régissant le mandat, car le mandataire n'est pas pénalement tenu au secret professionnel, puisque sa situation n'est ni un état, ni une profession dépositaire nécessaire des secrets qu'on lui confie.

38. — Dans ces conditions, il faut reconnaître que la réforme de 1935 a créé une œuvre homogène et conséquente et qu'elle a élevé le commissariat à la dignité d'une fonction institutionnelle non seulement dans l'intérêt des actionnaires, mais encore et surtout dans l'intérêt général de l'épargne et de l'économie du pays.

Les commissaires sont investis d'un pouvoir légal et l'autorité qui leur est conférée découle beaucoup moins d'une délégation de volonté des actionnaires que de leur mission de surveillance des comptes de l'être moral qu'est la société anonyme. Selon la théorie institutionnelle que nous préconisons, les volontés individuelles désignent simplement la personne du titulaire de l'autorité, mais elles ne sont pas à la source de celle-ci.

Le législateur n'a pas voulu faire procéder par voie administrative à la nomination des commissaires, ceci pour ne point dépouiller l'assemblée d'une de ses dernières prérogatives dans la matière que nous étudions et surtout aussi pour ne pas engager, en cas de défaillance du commissaire, la responsabilité de l'Etat qui serait nécessairement invoquée si l'administration l'avait désigné directement.

Mais pour ne pas avoir poussé jusqu'au bout son idée de mission publique du commissaire en confiant sa nomination à un organe d'Etat, le législateur de 1935 n'a pas moins formellement consacré le caractère institutionnel du censoriat des sociétés anonymes.

Ce caractère institutionnel entraîne des conséquences nombreuses, directes et indirectes, en ce qui concerne la question de responsabilité des commissaires aux comptes que nous trai-

tons dans cette étude. Il est devenu le véritable fondement d'un grand nombre de dispositions d'ordre civil et surtout d'ordre pénal, qui ne trouvent aucun autre fondement juridique raisonnable.

Il a poussé le législateur à sanctionner sévèrement les dispositions principales de son nouveau système et à édicter des peines qui semblent disproportionnées à l'importance du délit ou de la faute, comme nous le verrons plus loin.

Enfin, en créant le statut professionnel des commissaires aux comptes, le législateur a prévu également une responsabilité disciplinaire de ces derniers, et a ainsi consacré définitivement le caractère institutionnel du commissariat aux comptes.





## TITRE DEUXIÈME

### La responsabilité civile des commissaires aux comptes

---

#### CHAPITRE PREMIER

##### Principe et éléments de la responsabilité civile

39. — Dans le titre premier de ce livre, nous avons établi que la responsabilité du commissaire aux comptes peut avoir un caractère civil, pénal ou disciplinaire et que la responsabilité civile prend sa source soit dans l'art. 43 de la loi du 24 juillet 1867 qui se réfère à la responsabilité générale du mandataire vis-à-vis du mandant, c'est-à-dire de la société, soit dans l'art. 1382 du Code civil qui déclare que *« tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui, par la faute duquel il est arrivé, à le réparer »*.

Nous avons vu ensuite que l'idée directrice à la base de l'importante réforme du 8 août 1935 fut celle de faire du censoriat une fonction institutionnelle qui doit travailler pour le bien de l'économie nationale en assurant une surveillance efficace de la gestion des sociétés anonymes.

40. — Mais pour que la responsabilité civile puisse sortir du domaine latent de menace préventive, jouer efficacement le rôle d'une justice réparatrice et être invoquée devant les tribunaux, il faut de toute évidence, qu'un fait se soit produit causant un préjudice à une personne physique ou morale. Peu importe, que la responsabilité soit engagée sur le terrain contractuel par la voie de l'article 43 ou sur le terrain délictuel de l'art. 1382 du Code civil, car ces deux responsabilités sont réparatrices au même titre. Il faut et il suffit qu'il y ait pré-

judice causé. Ce préjudice sera la mesure et la limite de la réparation à exiger du responsable.

Mais comment déterminer l'étendue du préjudice à réparer ? Faut-il seulement considérer le préjudice causé directement ou également le préjudice indirect ? Les suites prévisibles ou les conséquences imprévisibles ? Nous devons donc examiner cette question de près en lui réservant un chapitre spécial dans cette étude.

41. — L'existence d'un dommage est manifestement insuffisante pour faire poser la question de la responsabilité sur le terrain juridique. Il faut une personne, le commissaire aux comptes, à qui la victime prétend faire supporter la charge du préjudice subi en vertu d'un principe juridique légalement consacré. Ce principe, en matière contractuelle, est la faute prévue par l'art. 1992 du Code civil : « *Le mandataire répond non seulement du dol, mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion* ». Il en est de même en matière délictuelle comme nous l'avons vu en citant plus haut l'art. 1382. Le fait dommageable doit donc revêtir un caractère fautif.

En matière de commissariat aux comptes, nous ne voyons aucune application possible de la théorie du risque qui a en partie et dans quelques cas limités, remplacé avec succès la théorie subjective de la faute, de sorte qu'un auteur a pu dire que le progrès a consisté à séparer l'idée de la faute et l'idée de responsabilité. Il y a impossibilité à fonder la théorie de la responsabilité civile des commissaires aux comptes sur la notion purement matérialiste du rapport de causalité en faisant abstraction de la faute.

Par ailleurs, la théorie institutionnelle que nous avons exposée et préconisée n'a aucune influence sur le problème de la faute. Elle est entièrement du domaine de la responsabilité préventive en étant complètement étrangère à la responsabilité réparatrice. Nous pouvons rester fidèle, dans la matière qui nous occupe, au principe de la faute conditionnant la res-

ponsabilité civile, tel qu'il a été conçu par le droit romain où il a finalement régné en maître absolu pour devenir, dans notre ancien droit français, un dogme qui fut repris et respecté par les rédacteurs du Code civil. Pour nous, la responsabilité civile est le corollaire du libre arbitre et il faut que le commissaire ait fautivement manqué à une de ses obligations pour qu'il puisse être recherché en responsabilité.

Or, ses obligations ont ceci de particulier, qu'elles sont des obligations de moyens. Pas plus que l'avocat ne s'engage à gagner le procès, mais à défendre la cause, pas plus que le médecin ne s'oblige à guérir le malade, mais à le soigner selon les règles de l'art, le commissaire ne garantit personnellement la bonne gestion de la société. Dans ces cas, le prétendu créancier qui demande des dommages-intérêts ne peut se borner à prouver qu'il subit un préjudice, que l'avocat a perdu le procès, que le médecin ne l'a pas guéri ou que le commissaire n'a pas empêché la faillite de la société. La victime doit prouver la mauvaise exécution des services qu'elle pouvait attendre, c'est-à-dire elle doit prouver la faute. Tant que cette preuve ne sera pas faite, le juge estimera que les obligations de l'avocat, du médecin, du commissaire auront été régulièrement exécutées.

**42.** — Peu importe, si, pour prouver la faute, la victime invoque l'action contractuelle ou l'action délictuelle. Les deux actions sont différentes, mais la faute leur est commune. Elle est toujours le manquement à l'obligation de ne pas nuire intentionnellement ou par négligence à une autre personne. Que la faute soit la violation de cette obligation générale imposée par la loi ou d'une obligation issue d'un contrat, elle conserve le même caractère et on peut dans tous les cas la qualifier de délit civil. Ce qu'il faut remarquer, c'est qu'en matière de responsabilité délictuelle, la faute crée la responsabilité, tandis qu'en responsabilité contractuelle elle est postérieure au contrat et dérive de celui-ci. Mais la nature intime de la faute



est toujours la même : manquer à une obligation, soit intentionnellement, soit par négligence.

43. — Quelle est cette obligation du commissaire aux comptes ? Elle est clairement définie par la loi et elle est la même vis-à-vis des actionnaires formant société que vis-à-vis des tiers : surveiller le bon fonctionnement de la société anonyme et jeter le cri d'alarme en cas de gestion irrégulière.

Nous pouvons donc procéder à l'étude détaillée de la faute sans faire une discrimination entre la faute qui est à la base de la responsabilité contractuelle et celle qui régit la responsabilité délictuelle, puisque leur nature intime est la même.

44. — Cependant, avant de passer à cette étude, il faut nous rappeler que la faute, pour donner naissance à la responsabilité civile spéciale du commissaire aux comptes, doit être commise dans le cadre de la mission de ce dernier. Car, si étendue qu'on puisse vouloir que soit la responsabilité civile du commissaire, elle ne saurait s'étendre hors du domaine de son activité propre et de ses devoirs. Où cessent les devoirs des commissaires, a dit très justement la Cour d'appel d'Amiens dans son arrêt du 7 avril 1911, s'arrêtent leurs responsabilités. Il n'y a pas, en effet, plus de faute délictuelle que de faute contractuelle à ne pas accomplir un devoir inexistant. Il faut, par conséquent, conclure que la responsabilité est facteur de l'étendue des devoirs du commissaire et qu'il y a également lieu d'examiner de près l'étendue de sa mission et les moyens dont il dispose pour s'en acquitter.

Nous réservons dès lors un chapitre à cette dernière étude, en insistant à cette occasion sur la nécessité d'une relation de cause à effet entre le préjudice subi et la faute du commissaire aux comptes, car il est évident que ce dernier ne saurait seulement être déclaré responsable en sa qualité de commissaire que s'il a causé le préjudice par une faute dans l'exercice de sa fonction.

## CHAPITRE DEUXIEME

### Mission et attribution du commissaire aux comptes

**45.** — Dans ce chapitre deuxième, nous nous proposons d'étudier rapidement la mission du commissaire aux comptes, ses attributions et les moyens que la loi a mis à sa disposition pour exécuter sa charge.

Ainsi que nous venons de le voir, la mission du commissaire est à la base même de sa responsabilité civile. Bien que nous traitions dans ce livre le problème de la responsabilité du commissaire, il ne nous semble donc guère possible de pouvoir nous passer d'un examen rapide de sa mission, en faisant une distinction entre celle qui lui a été confiée par l'ancienne loi du 24 juillet 1867 et celle qui résulte des modifications apportées par les décrets-lois du 8 août 1935. Ce sera l'objet de la première et de la deuxième section de ce chapitre.

**46.** — Si nous nous occupons également de la mission du commissaire telle qu'elle résulte de l'ancien texte de la loi organique des sociétés anonymes avant la réforme de 1935, c'est parce que nous y voyons non seulement un intérêt théorique, mais en même temps un intérêt pratique toujours vivant. En effet, la prescription de la responsabilité civile est en principe de trente ans. Par conséquent, des procès peuvent s'engager au sujet de la responsabilité résultant de cette mission jusqu'à 1965, chose assez improbable aujourd'hui, mais pas absolument exclue.

Nous pensons ensuite qu'une étude rapide de l'état de la question avant 1935 permettra de saisir plus facilement l'esprit de la jurisprudence en face de l'institution du censoriat. Pour ce faire, il faut bien avoir recours à la situation antérieure

à la réforme, la jurisprudence n'ayant presque pas eu d'occasion de se prononcer jusqu'à présent. Quelles en sont les raisons ? Nous renvoyons à ce que nous dirons plus loin (v. N<sup>o</sup> 256) à ce sujet.

47. — Par ailleurs, la jurisprudence avant 1935 n'est pas fort ample non plus en ce qui concerne les commissaires aux comptes. Nous trouvons, par contre, des jugements et arrêts assez nombreux relatifs à la responsabilité civile des membres du conseil de surveillance dans les sociétés en commandite par actions. Or, la réforme de 1935 a rapproché de beaucoup la mission actuelle des commissaires aux comptes de celle qui fut l'ancienne et qui est restée la nouvelle mission du conseil de surveillance dans les dites sociétés. Et du coup, toute la jurisprudence qui concerne les membres du conseil de surveillance est devenue d'un haut intérêt pour apprécier l'attitude probable de la jurisprudence en face du nouveau statut des commissaires aux comptes. Nous ajoutons donc à ce chapitre une troisième section, dans laquelle nous ferons un rapprochement entre la situation actuelle des deux institutions.

#### SECTION PREMIÈRE. — MISSION ET ATTRIBUTIONS AVANT LA RÉFORME DE 1935

48. — § 1. — La mission du commissaire aux comptes a été fixée par l'ancien article 32 de la loi du 24 juillet 1867, dans les termes suivants : « *L'assemblée générale annuelle désigne un ou plusieurs commissaires, associés ou non, chargés de faire un rapport à l'assemblée générale de l'année suivante sur la situation de la société, sur le bilan et sur les comptes présentés par les administrateurs* ».

49. — La mission essentielle des commissaires était donc celle de faire un rapport. Cette rédaction, ainsi que le fait judicieusement remarquer M. Masson (N<sup>o</sup> 114), peut paraître

peu rationnelle, car « faire un rapport » n'est pas, à proprement parler, une mission : c'est plutôt la manière de rendre compte d'une mission. Cependant, cette rédaction de l'art. 32 ancien était bien significative : dans l'esprit du législateur de 1867 le commissaire est essentiellement un mandataire des actionnaires qui doit rendre compte par un rapport. Aussi, la jurisprudence en a-t-elle tiré la conclusion en considérant le dépôt du rapport comme élément indispensable pour rendre exigible la rémunération du commissaire (1). Les héritiers d'un commissaire, décédé à la veille du dépôt du rapport, n'avaient donc aucune créance à faire valoir pour le travail de vérification effectivement fait.

50. — Ce rapport ne devait pas seulement porter sur le bilan et sur les comptes, mais également sur la situation de la société. La mission du commissaire se trouvait très étendue de ce fait et dépassait celle d'un simple contrôleur des chiffres résultant de la balance générale des comptes et du bilan que le conseil d'administration lui soumet. Il ne faut pas en douter, car l'ancien art. 33 lui donnait le droit non seulement de prendre communication des livres, mais également « d'examiner les opérations de la société ». Les commissaires n'étaient donc pas, comme le pourrait faire croire l'appellation courante de « commissaires aux comptes » (qui ne se trouve d'ailleurs pas dans la loi de 1867), de simples contrôleurs de comptes, mais bien des commissaires chargés d'apprécier tous les éléments de la situation de la société et de porter un jugement sur l'ensemble des opérations.

« Constatant la situation matérielle, les comptes, le bilan qui sont presque toujours réguliers, sans juger les opérations elles-mêmes, ce serait s'arrêter aux effets sans remonter aux causes ; le rapport serait insuffisant s'il devait être limité à ces constatations. » Voici les paroles du rapporteur de la loi de 1867,

---

(1) Trib. Civ. Seine, 21 sept. 1883.



M. Mathieu, prononcées lors de la discussion de cette dernière par le Corps législatif.

L'exposé des motifs du projet Tardieu-Perret de 1930 rappelait en termes plus précis encore la mission dévolue par la loi de 1867 aux commissaires. « Ce ne sont pas de simples commissaires des comptes ou aux comptes, mais bien des commissaires chargés d'apprécier tous les éléments de la situation de la société et de porter un jugement sur l'ensemble de ses opérations. »

Dans cet ordre d'idées, il a été jugé que le commissaire est également responsable s'il ne proteste pas, en sa qualité de représentant-mandataire des associés, contre les décisions du conseil prises en violation des statuts. (Tr. com. Seine, 30 sept. 1889 (1) ; Riom, 22 juil. 1898 (2) ; Tr. com. Seine, 15 janv. 1894 (3).

**51.** — Dans ces conditions, il peut paraître singulier que certains tribunaux se soient prononcés en sens inverse. Ainsi, le Tr. com. du Havre a décidé le 23 mai 1922 (4) que les commissaires sont les « délégués des actionnaires auprès du conseil d'administration, leur rôle se borne à se faire présenter le bilan et le compte des pertes et profits, à en vérifier la parfaite concordance avec les livres et à en faire un rapport à l'assemblée générale ». Et plus récemment encore, le Tr. com. de Marseille a dit (13 fév. 1928) (5) : « Le commissaire aux comptes, qui n'a pas à surveiller la gestion sociale, ne peut être recherché du fait des erreurs ou omissions de caisse. »

Faut-il y voir un revirement de l'ancienne jurisprudence contre l'avis de la doctrine qui n'a jamais varié à ce sujet ? Nous ne le croyons pas et nous attribuons ces jugements, qui sont une véritable négation de l'esprit de l'ancienne loi, au

---

(1) R. S. 1889.596 ; J. S. 1889.522.

(2) R. S. 1899.59.

(3) R. S. 1894.145 ; G. P. 94.I.207 ; J. S. 1896.433.

(4) Rec. du Havre 1922.I.270.

(5) J. S. 1930.677.

caractère consulaire des deux tribunaux en question. Il faut savoir que, d'une façon générale, les administrateurs, chargés de la gestion de la société, avec une responsabilité qui peut en certains cas comporter des sanctions pénales, n'ont supporté qu'avec quelque peine le contrôle de ces intrus légaux que sont pour eux les commissaires ; ils les ont souvent considérés comme une atteinte vivante à leurs droits et à leur dignité. Dans ces conditions, la tendance à les reléguer et à les cantonner très strictement dans le domaine des comptes a été toujours très forte et il faut le dire, les commissaires s'y sont généralement courtoisement prêtés.

**52.** — Il ne faut naturellement pas non plus que les commissaires s'immiscent dans l'administration des entreprises. Sous l'empire de l'ancienne législation, la sphère d'action des uns et des autres est fort différente : les administrateurs agissent, les commissaires contrôlent. Ils n'ont aucune influence à exercer, aucun droit de veto sur les actes des premiers. S'ils peuvent critiquer la gestion, c'est plutôt dans ses résultats comptables que dans son aspect technique et ils doivent le faire avec beaucoup de modération. Le rôle du commissaire consiste à dire ce qui a été fait et non ce qu'il aurait fallu faire, du moins d'après lui. Il n'est pas universel et ne possède pas toujours la compétence nécessaire pour juger, comme il convient, la conduite d'une industrie. (Gabriel Faure : Guide Memento à l'usage des Commissaires, p. 39).

**53.** — N'ayant pas à s'immiscer dans le fonctionnement de la société, les commissaires ne pouvaient donc d'une manière générale être rendus responsables des fautes de gestion commises par les membres du conseil d'administration. Le texte de l'art. 43 de la loi du 24 juill. 1867 (v. N<sup>o</sup> 90) a rendu incontestable ce principe consacré par une forte jurisprudence. Nous citons notamment : Paris, 30 juill. 1867 (1) ; Cass. civ., 16 fév.

---

(1) D. P. 67.II.238.

1891 (1) ; Trib. comm. Seine, 30 sept. 1889 (2) ; Trib. civ. Seine, 4 juill. 1890 (3) ; Cass. crim., 3 juill. 1896 (4). Nous citons, en outre, un arrêt de la Cour de Paris du 1<sup>re</sup> juin 1889 (5) qui dit en parlant des commissaires : « Considérant que, suivant l'art. 43, leur mandat est uniquement à faire un rapport sur le bilan et les comptes présentés par les administrateurs, mais qu'ils n'ont pas à s'immiscer dans l'administration ni à rechercher ou critiquer les causes ou la validité des obligations souscrites par les administrateurs et qui ont donné lieu aux paiements constatés par le bilan... »

Et pourtant le danger est grand de franchir inconsciemment dans les appréciations à donner, la limite, fine comme la lame d'un couteau, qui sépare l'acte de contrôle de la situation d'un acte d'appréciation de la gestion. Ainsi, par exemple, où est la limite dans une proposition de distribution d'un dividende faite par le conseil requérant fatalement l'avis du commissaire ? Cette distribution, ne repose-t-elle pas en forte partie sur une question d'évaluation des valeurs et d'appréciations sur l'opportunité de cette mesure ?

54. — § 2. — Quels sont les moyens que l'ancienne loi de 1867 a mis à la disposition des commissaires pour remplir leur si délicate mission ? *L'ancien article 33* leur donne un droit de vérification dans les termes suivants : « *Pendant le trimestre qui précède l'époque fixée par les statuts pour la réunion de l'assemblée générale, les commissaires ont droit, toutes les fois qu'ils le jugent convenable dans l'intérêt social, de prendre communication des livres et d'examiner les opérations de la société.* »

55. — Ce texte pêche à sa base même, car en laissant au

---

(1) D. P. 92.II.177.

(2) R. S. 1889.596 ; J. S. 1889.522.

(3) R. S. 1890.431 ; J. S. 1892.291.

(4) R. S. 1896.460 ; D. P. 97.I.81.

(5) R. S. 1889.573 ; D. P. 92.I.177 ; J. S. 1890.503 ; Loi 27 août 1889.

conseil d'administration la pleine liberté de fixer la date de l'assemblée annuelle, à défaut d'une prescription spéciale des statuts, le point de départ du délai de vérification de trois mois est excessivement incertain.

Pourquoi aussi le législateur de 1867 a-t-il cru devoir réduire l'exercice du droit de vérification aux trois mois précédant l'assemblée générale (1) ? Une loi de 1863 avait pourtant prévu la permanence du contrôle. Il faut y voir l'expression de la liberté complète que la loi de 1867 voulait assurer aux administrateurs. Le rapporteur de la commission a nettement exprimé sa pensée à ce sujet : « Il était à craindre, disait-il, que l'action des commissaires pouvant s'exercer chaque jour, ne dégénérât en une inquisition véritable plus fâcheuse qu'utile pour la société. » Voilà transformés, nos honorables commissaires aux comptes, en inquisiteurs ; ils n'en ont pourtant pas l'air !

56. — Il est d'ailleurs exact que l'*ancien art. 34* contient une autre prescription qui leur donne un droit de contrôle. « *L'inventaire, le bilan et le compte de profits et pertes sont mis à la disposition des commissaires le quarantième jour, au plus tard, avant l'assemblée générale* ».

Mais ces quarante jours ont été réduits pratiquement à 25 jours puisque l'*ancien art. 35* disait : « *Quinze jours au moins (2) avant la réunion de l'assemblée générale, tout actionnaire peut se faire délivrer copie du bilan résumant l'inventaire et du rapport des commissaires.* » Le commissaire disposait donc pratiquement seulement de 25 jours pour vérifier l'inventaire, le bilan et les comptes de pertes et profits ce qui est peu si l'on tient compte du fait que les sociétés anonymes clôturent en grande majorité leur exercice au 31 décembre et que le travail de vérification pouvait donc se cumuler fort

---

(1) Cette disposition est fort heureusement abrogée par la réforme de 1935.

(2) Il faut lire « au plus », ainsi que l'a fait remarquer M. le professeur Wahl.



désagréablement dans la même période de l'année en cas de pluralité de commissariats.

M. Derkenne (N<sup>o</sup> 63) a beau vouloir nous consoler en nous disant que le commissaire japonais a encore moins de temps. Maigre consolation ! Les Japonais ont d'ailleurs toujours eu le don de se tirer agilement de toutes les affaires.

57. — Mais, peut-on objecter, il y a également l'*ancien article 34* qui oblige toute société anonyme à « *dresser chaque semestre, un état sommaire de sa situation active et passive* » et de le mettre « *à la disposition du commissaire* ».

La loi pose le principe, mais elle ne l'appuie d'aucune sanction. Et si elle le faisait, à quoi bon, puisque cet état sommaire ne pourrait pas donner lieu à un contrôle ou même à un maigre pointage avec les livres comptables. Par ailleurs, ce n'est certainement pas par une telle situation sommaire que des administrateurs malhonnêtes auront l'imprudence et l'impudence de décéler ouvertement leurs machinations.

58. — Si les attributions du commissaire ont été plus limitées quant à la période d'exercice de son droit et de son obligation de contrôle, il faut convenir que la loi était plus large en ce qui concerne les livres et documents dont il peut requérir communication.

Se basant sur l'*anc. art. 34* qui lui donne le droit de « *prendre communication des livres et d'examiner les opérations de la société* », la doctrine a toujours été d'accord avec la jurisprudence pour interpréter cette disposition d'une façon large.

MM. Houpin et Bosvieux disent (t. 2, N<sup>o</sup> 1112) : « Les commissaires ont le droit d'exiger communication et, en outre, de prendre ou de faire prendre des extraits et même des copies des documents énoncés aux art. 33 et 34 de la loi de 1867, notamment des procès-verbaux d'assemblées d'actionnaires, de leurs annexes, des feuilles de présence et des états d'émargements ! » Parmi les autres grands doctrinaires, MM. Perce-

rou (1), Pont (t. 2, N° 1657), Pic (t. 3, N° 1532), Floucaud-Pinar-dille (t. 2, N° 792), Goiraud (N° 613), Faure (Guide Memento, p. 29), sont du même avis.

**59.** — Les droits et attributions du commissaire pouvaient être augmentés par une disposition statutaire, mais non restreints, car la loi de 1867 les avait édictés dans un intérêt d'ordre public (M. Masson, N° 114) (2). Bien entendu, ce pouvoir large n'obligeait pas le commissaire à procéder au contrôle de toutes les opérations, car pour ce faire il aurait fallu exiger pour tous les engagements de la société le contre-seing du commissaire qui devait les connaître tous.

**60.** — Que décider si la mauvaise volonté apparente des administrateurs, qui se traduit par une résistance active ou passive, rend impossible au commissaire l'exécution de sa mission ? Il devait le signaler dans son rapport en faisant les plus grandes réserves et en refusant le renouvellement de son mandat si l'assemblée générale ne portait pas remède à cette situation intolérable.

L'ancien art. 33 lui donnait d'ailleurs le droit de convoquer en cas d'urgence l'assemblée générale. Cette mesure, outre qu'elle nécessitait le débours des frais de convocation par le commissaire, ne fut considérée par la jurisprudence que comme praticable en cas de grande urgence seulement (v. Paris, 13 nov. 1890) (3). Faisons d'ailleurs encore observer que la loi de 1867 ne fait pas une obligation au commissaire de convoquer l'assemblée générale en cas d'urgence, car elle ne dit pas dans son article 33 que les commissaires « doivent convoquer » mais seulement « peuvent » convoquer. Les commissaires ont donc été très libres à cet égard.

**61.** — Ainsi furent fixés par l'ancien texte de la loi de 1867

---

(1) J. S. 1908, 109.

(2) Note de M Rousseau sous Cass. Requ. 25 fév. 1935 ; S. 35.I.129.

(3) S. 92.II.210 ; D. P. 92.II.159 ; J. S. 1891.481.

les droits et les devoirs des commissaires aux comptes. Ces devoirs furent sanctionnés par leur responsabilité civile éventuelle. « Il est incontestable », dit un arrêt de la Cour d'Amiens du 7 avril 1911 (1) « que celui qui accepte les fonctions de commissaire aux comptes, doit s'acquitter avec soin de la mission qui lui est confiée à la fois dans l'intérêt des actionnaires et dans celui des tiers ; qu'il doit strictement remplir les devoirs qui lui sont confiés par les lois sur les sociétés et par les statuts de la société, que s'il ne le fait pas, il commet une faute génératrice de responsabilité ». Et cet arrêt précise plus loin dans une heureuse formule que là où cessent les devoirs des commissaires, s'arrêtent leurs responsabilités.

## SECTION 2 : MISSION ET ATTRIBUTIONS DEPUIS LA RÉFORME DE 1935.

**62. — § 1. —** Telle qu'elle était appliquée, la loi du 24 juillet 1867, qui avait cependant entendu créer un organisme de surveillance suffisamment armé pour défendre utilement les intérêts des actionnaires, masse d'habitude amorphe et inorganisée, se trouvait en fait ouvertement violée et les tribunaux, liés par des textes qui s'imposaient à eux, étaient impuissants à corriger les vices d'une institution cependant essentielle dans la société anonyme (MM. Houpin et Bosvieux, suppl. p. 163). Il fallait une réforme législative, qui fut enfin réalisée par les décrets-lois du 8 août 1935. Nous donnerons plus loin (v. n° 357) notre appréciation critique sur cette réforme.

**63. —** *L'art. 32* de l'ancienne loi de 1867 qui précisait, comme nous l'avons vu sous le N° 48, la mission des commissaires aux comptes, fut complètement réformé. Il est maintenant formulé de la façon suivante, en tenant compte d'une légère modification faite par un décret-loi du 31 août 1937 : « *L'assemblée générale ordinaire des actionnaires désigne pour trois ans un*

---

(1) J. S. 1915, 261 ; R. S. 1912.20 ; G. P. 11.II.163.

*ou plusieurs commissaires qui ont mandat de vérifier les livres, la caisse, le portefeuille et les valeurs de la société, de contrôler la régularité et la sincérité des inventaires et des bilans ainsi que l'exactitude des informations données sur les comptes de la société dans le rapport du conseil d'administration ».*

64. — Il y a deux choses qui frappent si on compare le nouveau texte avec l'ancien. Tout d'abord, le commissaire est désigné pour une période de trois ans au lieu d'avoir une charge annuelle. Nous y reviendrons plus loin (v. n° 79). Ensuite, et avant tout, il n'a plus pour mission « de faire un rapport à l'assemblée générale sur la situation de la société, sur le bilan et sur les comptes », mais il a un mandat de vérification et de contrôle strictement limité à des opérations de comptes et de comptabilité. La mission est donc devenue plus précise et plus restreinte à la fois.

Bien certainement, le commissaire a toujours l'obligation de rendre compte à l'assemblée générale de l'exécution de son mandat, ce qui est précisé dans l'alinéa 3 de l'art. 34 nouveau : « Les commissaires établissent un rapport dans lequel ils rendent compte à l'assemblée générale de l'exécution du mandat qu'elle leur a confié et doivent signaler les irrégularités et inexactitudes qu'ils auraient relevées ». Ceci est tout naturel et ne change rien au fait que dorénavant les commissaires n'auront plus à faire porter leur rapport sur la « situation de la société » (anc. art. 32), ni à « examiner les opérations de la société » d'une façon générale (anc. art. 33), mais qu'ils auront à vérifier les livres comptables et les inventaires et à contrôler les informations données sur les comptes.

On peut d'autant moins douter que cette façon de voir correspond à la réelle intention du législateur de 1935, que tous les projets et propositions de loi antérieurs au décret-loi du 8 août 1935 prévoyaient le contrôle de la situation, des opérations ou de la gestion de la société, et que ces larges attributions du commissaire ont été délibérément écartées par le



nouveau texte. La nouvelle façon de définir la mission du commissaire est non seulement due au souci d'une rédaction plus rationnelle, mais correspond bien à une nouvelle conception du rôle du commissaire aux comptes.

Nous savons bien que les adversaires de cette interprétation se basent surtout sur un argument de texte tiré de l'alinéa 5 de l'art. 34 de la loi sur les sociétés, article également reformulé par le décret-loi du 8 août 1935, prévoyant une sanction correctionnelle pour le commissaire « qui a sciemment donné ou confirmé des informations mensongères sur la situation de la société ». Nous aurons l'occasion plus loin, en nous occupant de la sanction pénale qui y est attachée (v. n° 375), de démontrer que cet argument de texte ne prouve absolument rien et ne complète nullement le texte de l'art. 32 qui fixe la mission de base du commissaire, en ne laissant aucun doute sur la nature du contrôle qu'il entend créer.

65. — Nous nous rallions donc sans réserve à l'avis exprimé par MM. Dolbeau et Cantenot (N° 233) qui disent : « L'énumération qui est faite, par le texte, du travail synthétique qui sera dorénavant demandé aux commissaires ne doit pas dépasser cette mesure : ils ne doivent apprécier les opérations sociales qu'à travers les écritures et non constituer un organe de contrôle de la gestion elle-même du conseil d'administration. Le contrôle bien compris, ajoutent ces auteurs, implique une étude critique et une vérification non pas numérique, mais quantitative des différents postes du bilan... De tous les points que peut traiter le conseil dans son rapport, seules les considérations touchant les comptes de la société seront soumises à leur contrôle ».

66. — Si le contrôle du commissaire est devenu purement comptable, il ne faut pourtant pas prendre ce mot dans toute l'interprétation étroite qu'il peut comporter. Ainsi que le fait judicieusement remarquer M. H. Léon dans le *Bulletin de la*

*Compagnie des Commissaires de Sociétés* (1939, p. 19), les vérifications et contrôles auxquels se livre le commissaire sont également d'ordre juridique. En effet, le commissaire doit examiner si les écritures traduisent fidèlement l'exécution de certaines opérations et contrats importants ayant une portée juridique considérable, comme une augmentation de capital ou une émission d'obligations. Il doit aussi s'assurer que les prescriptions légales pouvant exercer une influence sur la tenue ou la présentation des comptes ont été observées. En outre, les nombreuses sanctions pénales auxquelles s'expose dorénavant le commissaire en qualité d'auteur principal ou de complice l'obligent à avoir de fortes connaissances de droit dans cette matière. Mais c'est toujours et uniquement à l'occasion d'un examen de compte qu'il peut être amené à faire une incurSION dans le domaine du droit.

67. — La mission essentielle imposée aux commissaires aux comptes est donc celle qui consiste à vérifier les écritures comptables à l'aide des documents et des pièces justificatives et à s'assurer de leur régularité technique aboutissant au bilan et au compte des pertes et profits annuels. En face des expressions « vérifier les livres » et « contrôler les bilans », les commissaires commettraient certainement une grave faute entraînant leur responsabilité civile s'ils se contentaient de constater uniquement la conformité des chiffres des livres comptables avec les comptes présentés à l'assemblée, sans procéder à un examen approfondi du développement de ces comptes et des pièces justificatives des écritures.

Ceci ne veut pas dire qu'ils doivent les contrôler toutes ni qu'ils doivent assister personnellement aux opérations de récolement des existants. Cela serait d'ailleurs impossible dans les affaires ayant une certaine importance ou des stocks de marchandises dans plusieurs succursales. Les contrôles à faire et les pointages à exécuter doivent uniquement correspondre aux vérifications normales que les experts comptables consciencieux

ont l'habitude de faire dans les entreprises qu'ils contrôlent. Un commissaire aux comptes n'est pas une assurance contre tous risques, cela va de soi.

**68.** — Mais si la vérification doit être aussi intense et étendue que les circonstances le permettent, le compte rendu à faire à l'assemblée doit être court et précis. M. Masson (N<sup>o</sup> 91) fait justement valoir qu'il y a toute une différence entre faire un rapport sur la situation de la société et sur le bilan d'une part (ancienne obligation) et rendre compte d'un mandat de vérification expressément défini d'autre part. Les commissaires ne doivent pas se considérer désormais comme des commentateurs du bilan et de la situation, mais comme des mandataires qui rendent compte. Ils n'ont donc point de détails à donner et de communications à faire sur les chiffres figurant dans le bilan ou dans le compte des pertes et profits, pourvu que ces chiffres soient exacts et sincères et que la présentation de ces deux documents comptables corresponde à l'exigence légale du § 35 de la loi de 1867 (v. n<sup>o</sup> 157).

**69.** — Puisque les commissaires doivent rendre compte à l'assemblée générale, il est de leur devoir de s'expliquer de façon nette et claire pour que les actionnaires dont ils sont les mandataires puissent se prononcer en connaissance de cause sur les comptes de la société. La loi actuelle attache une grande importance à ce que les actionnaires votent en pleine connaissance de cause et elle a étendu la sanction de la nullité des délibérations prises par l'assemblée générale.

En effet, tandis que l'ancien art. 32 n'édicteait cette mesure que pour le cas où l'on aurait omis de présenter le rapport à l'assemblée générale, la nullité paraît être étendue maintenant par l'art. 34 nouveau à l'hypothèse où le rapport fait à l'assemblée générale n'est pas conforme aux dispositions nouvellement requises.

70. — Quelles sont ces dispositions dont l'inobservation entraîne selon l'art. 34 la nullité de « *la délibération de l'assemblée contenant approbation du bilan et des comptes* » et qui deviennent ainsi une grave source de responsabilité civile pour le commissaire ?

L'article 34 en question parle simplement des « dispositions ci-dessus ». Il s'agit sans doute de l'alinéa 3 de cet article 34 dont nous avons déjà donné le texte sous le N<sup>o</sup> 64. Si les commissaires oublient de « *signaler les irrégularités et inexactitudes qu'ils auraient relevées* », la sanction de la nullité sera encourue et il faut même décider, étant donné la généralité des termes impératifs employés pour prescrire cette nullité, que la question de la bonne ou de la mauvaise foi du commissaire n'a nullement à intervenir. (Conf. MM. Dolbeau et Cantenot, n<sup>o</sup> 271).

Bien entendu, il faut que l'irrégularité ou l'inexactitude omise à signaler recèle un caractère important susceptible d'entraîner ou d'influencer la décision de l'assemblée. Ceci, sans résulter des termes de l'art. 34, découle de son esprit.

71. — L'obligation de signaler à l'assemblée les « irrégularités et inexactitudes » comporte donc comme sanction la nullité de la délibération. Son inobservation constitue naturellement une source de responsabilité civile pour les commissaires, en raison du préjudice que cette omission a pu causer à la société ou aux actionnaires et même aux tiers (v. N<sup>o</sup> 70). Sans être sujette elle-même à une sanction pénale, elle peut néanmoins former la base d'une inculpation pour information mensongère, délit spécialement créé à l'intention des commissaires aux comptes par l'alinéa 5 de l'art. 34 de la loi abrogée du 24 juillet 1867. Nous renvoyons à notre étude spéciale de ce délit (N<sup>o</sup> 375).

72. — La loi n'impose nullement que le rapport du commissaire soit lu par lui-même à l'assemblée générale. On pourrait



même soutenir contre toute logique mais sur la base des textes, que le commissaire n'a pas accès à l'assemblée générale, à moins qu'il soit actionnaire ou mandataire. En effet, *l'art. 27* qui règle la question de la composition de l'assemblée générale ordinaire et celle du droit de vote prévoit que « *les statuts déterminent le nombre d'actions qu'il est nécessaire de posséder, soit à titre de propriétaire, soit à titre de mandataire, pour être admis dans l'assemblée...* ».

Cet article érige donc le principe tout naturel qu'il faut être actionnaire pour participer à une assemblée générale ordinaire, et la loi ne prévoit nulle part une exception à cette règle, pas même en faveur du commissaire aux comptes.

Nous signalons cette anomalie tout en faisant remarquer que la présence du commissaire à l'assemblée générale, sans être requise par la loi, est pratiquement toujours fort désirable. L'absence du commissaire à la réunion décisive pourra même servir aux tribunaux pour apprécier plus sévèrement son attitude générale (M. Lagarde, N<sup>o</sup> 85).

**73.** — Cette présence du commissaire à l'assemblée générale ne doit d'ailleurs pas devenir une occasion pour donner des renseignements et lancer des informations non consignées dans son rapport, car tout ce que le commissaire avait à dire et à signaler doit se trouver dans le rapport. Un commentaire verbal peut devenir excessivement dangereux aussi bien au point de vue de la responsabilité civile qu'au point de vue de la responsabilité pénale. Nous renvoyons à ce que nous disons à ce sujet sous N<sup>o</sup> 424.

Il en est de même des demandes de renseignements qui peuvent être adressées au commissaire par un actionnaire ou un groupe d'actionnaires sur des questions faisant partie ou non du domaine de vérification du commissaire, et nous renvoyons au N<sup>o</sup> 424 où nous exposons notre manière de voir.

**74.** — Une dernière question se pose encore à ce sujet : le

commissaire interrogé par l'assemblée générale peut-il refuser de répondre sans engager sa responsabilité, même si la question posée est relative à l'exécution de son mandat ? Nous ne le croyons pas, car il commettrait une faute vis-à-vis de son mandant, l'assemblée générale, s'il ne rendait pas compte intégralement de l'exécution de sa mission. Nous ne croyons donc pas que le commissaire pourra s'abriter, dans ce cas, derrière le secret professionnel, ceci pour les raisons que nous exposerons lors de l'étude du délit de violation du secret professionnel (v. N<sup>o</sup> 424).

75. — § 2. — Les décrets-lois n'ont pas seulement réformé, comme nous venons de le voir, la mission du commissaire aux comptes, ils ont également changé les moyens que la loi mettait à sa disposition pour bien exécuter sa besogne.

L'exercice du contrôle avait été fort malencontreusement limité par la loi de 1867 au trimestre précédant l'assemblée générale, terme vague et imprécis comme nous l'avons vu (N<sup>o</sup> 54), et la vérification du bilan, du compte des pertes et profits et des inventaires a dû s'accomplir pratiquement dans un laps de temps de 25 jours par suite du jeu conjugué des anciens articles 34 et 35.

76. — Tout ceci est radicalement changé. Le *nouvel article 32* dit en effet : « *Ils peuvent, à toute époque de l'année, opérer les vérifications ou contrôles qu'ils jugent opportuns* ». Le contrôle est donc devenu permanent au lieu d'être temporaire, et c'est ce contrôle permanent des livres et des comptes de la société qui sera désormais l'objet du mandat censorial. Certes, le rapport à l'assemblée reste un acte important de la fonction du commissaire ; mais il n'en constitue plus, tant s'en faut, l'objet presque exclusif. Il est seulement la manifestation momentanée d'une activité qui doit être continue.

77. — Le décret ne dit d'ailleurs pas que les commissaires

« doivent » opérer des vérifications ou contrôles à toute époque de l'année ; il emploie les termes « ils peuvent » s'ils « jugent opportun ».

Ceci ne diminue pas la valeur de la règle de la permanence du contrôle, et l'obligation de vérifier les livres et les comptes est une obligation qui par elle-même semble comporter une certaine permanence de contrôle durant toute l'année. Si les commissaires s'en abstiennent, ils engagent leur responsabilité civile pour tous les détournements et fraudes qu'un contrôle intermittent sérieux leur aurait permis de relever. C'est donc à eux de juger de l'opportunité des vérifications à faire et de leur contrôle. S'ils ont des raisons spéciales de redoubler d'attention et de vigilance, leur carence sera d'autant plus sévèrement appréciée.

78. — En face de la permanence de contrôle, l'obligation de l'anc. art. 34 de dresser un état semestriel (v. N<sup>o</sup> 57) est supprimée. Nous approuvons le législateur de 1935 d'avoir compris que cet état, loin de présenter une utilité quelconque, était fort souvent devenu un instrument dangereux et aléatoire pour justifier la distribution d'un acompte semestriel de dividende.

79. — Faisons encore observer que la période sur laquelle le contrôle du commissaire doit porter est celle comprise entre le jour de sa nomination et le jour de sa retraite. Bien que la loi ne contienne aucune prescription spéciale à ce sujet, la doctrine et la jurisprudence n'ont jamais varié dans cette façon de voir. Malgré notre tendance naturelle à considérer la vérification du bilan social comme le point terminus auquel doit aboutir toute l'activité du commissaire de sorte que la période de contrôle soit comprise entre deux bilans, nous rejetons cette solution qui permettra aux administrateurs d'échapper au contrôle actuel de leurs opérations pendant la période comprise entre le dernier bilan annuel et la réunion de l'as-

semblée générale. Evidemment, le nouveau commissaire aurait le devoir de s'en occuper rétroactivement, mais il vaut mieux prévenir et empêcher que guérir et sanctionner.

La loi semble bien vouloir instituer une permanence de contrôle courant et non point une vérification rétroactive, tout en laissant au commissaire une certaine liberté d'action.

La question a d'ailleurs moins d'importance depuis la loi du 31 août 1937 qui porte obligatoirement la durée de la fonction de commissaire à trois ans.

80. — Dans le même ordre d'idées, il ne faut pas comprendre sous le terme dont se sert l'art. 32, trois années dans le sens strict du calendrier, partant du jour de la nomination du commissaire ; il s'agit évidemment du laps de temps qui sépare l'assemblée générale ordinaire de la troisième assemblée générale qui la suit. Les fonctions effectives du commissaire peuvent donc être plus courtes ou plus longues que la période de 36 mois.

81. — La nouvelle rédaction de l'art. 32 donne une énumération des points sur lesquels la vérification du commissaire doit porter. Elle ne donne pas une liste des documents qu'il est autorisé à consulter. Il faut donc décider avec l'ancienne doctrine et la jurisprudence que le droit de consultation porte sur l'ensemble des livres, listes, états, lettres, pièces justificatives, etc..., y compris les livres des procès-verbaux des assemblées générales et des réunions du conseil d'administration qui peuvent contenir par leur nature même un renseignement utile à l'exécution de la mission du commissaire, à savoir un renseignement intéressant les comptes et la comptabilité ainsi que les marchés éventuellement passés par la société avec un de ses administrateurs en vertu de l'art. 40 de la loi de 1867 que nous verrons plus loin (v. N<sup>o</sup> 230).

82. — Pendant le cours de sa vérification, il pourra prendre



copie ou extraits de toutes pièces ou documents qu'il jugera utiles (MM. Dolbeau et Cantenot, N<sup>o</sup> 236). Mais il n'aura pas le droit de saisir ces documents et de les emporter, rien dans la loi ne l'y autorisant. Ces documents, livres ou pièces, doivent rester normalement dans les bureaux de la société.

83. — Il ne pourra pas non plus, à notre avis, se faire assister sans accord du conseil d'administration par des aides ou des techniciens de son choix, même opérant sous la seule responsabilité personnelle du commissaire. Le mandat qui est confié aux commissaires par l'assemblée est un mandat personnel, donné en considération du savoir et de la confiance qu'inspire le mandataire. La loi demande d'ailleurs des garanties de compétence et de moralité s'il s'agit d'une société faisant appel à l'épargne publique, en prescrivant dans son article 33, relatif à ces sociétés, de nommer au moins un commissaire pris parmi ceux qui sont agréés par la Cour d'appel du siège social.

*L'intuitus personae* nous semble donc exercer une telle importance dans le choix du commissaire que nous nous refusons à croire qu'il lui est loisible de substituer à son travail personnel le travail d'une autre personne.

Nous estimons pour la même raison et dans l'intérêt du respect du secret professionnel auquel le commissaire seul est lié, mais auquel échappent les personnes qu'il se substitue et qui ne sont pas commissaires vis-à-vis de cette société (v. N<sup>o</sup> 132), que les copies ou extraits ne pourront être pris que par le commissaire lui-même. (*Contra*, MM. Dolbeau et Contenot, N<sup>o</sup> 236).

En pratique, une entente avec les administrateurs est presque toujours possible, mais le commissaire fait opérer alors, nous l'avons déjà dit, sous son entière et unique responsabilité, de sorte que l'exécution du travail par un tiers ne puisse vicier le rapport et entraîner la nullité des délibérations prises par l'assemblée en foi de ce rapport (v. N<sup>o</sup> 135).

84. — Nous mentionnons encore que les attributions du com-

missaire, telles qu'elles résultent des art. 32 et 34, ne peuvent pas être réduites par les statuts ou par une décision de l'assemblée générale : elles sont d'ordre public.

85. — Par contre, rien ne semble s'opposer à ce que les statuts étendent ces attributions et les fassent porter, p. ex., sur la situation générale de la société ou sur la gestion technique et commerciale de l'affaire sous forme d'une appréciation motivée à émettre. Mais le commissaire, pour cette partie de son activité, sortira nettement du domaine qui lui est assigné par la loi et il ne tombera plus, en ce qui la concerne, sous les prescriptions relatives au censoriat, mais sous les dispositions du droit commun applicables aux mandataires purs et simples (v. aussi partie pénale : Délit d'information mensongère).

86. — Si l'exécution du mandat du commissaire se heurte à la mauvaise volonté, à la résistance active ou passive du conseil d'administration, quelle est l'attitude que le commissaire doit prendre pour dégager sa responsabilité ? Les décrets-lois de 1935 n'ont rien innové à ce sujet et il faut donc conclure dans l'ordre d'idées déjà indiqué plus haut (v. N<sup>o</sup> 60).

87. — § 3. — Après avoir ainsi restreint et précisé la mission du commissaire aux comptes, après l'avoir cantonnée, pour nous servir des termes si judicieusement employés par M. Masson (N<sup>o</sup> 123), dans le domaine comptable, le législateur a cru bien faire en imposant au commissaire deux obligations particulières, quelque peu étrangères à son domaine, et qu'il a « plaquées » en quelque sorte sur sa mission essentielle, faute d'avoir découvert un autre personnage à qui imposer ce fardeau.

Il s'agit en premier lieu de l'obligation qui leur est imposée par l'art. 34 de la loi du 24 juillet 1867, modifié par le décret-loi du 8 août 1935, de faire un rapport spécial sur l'exécution des marchés ou entreprises faits par les administrateurs avec leur société en se conformant aux prescriptions de l'article 40 de la dite loi de 1867.

Il s'agit ensuite du devoir du commissaire aux comptes de donner dans un rapport spécial à l'assemblée générale son avis sur les bases du calcul du taux d'émission de nouvelles actions établi par le conseil d'administration, si ce dernier se propose d'écarter le droit préférentiel de souscription des anciens actionnaires à une augmentation de capital, droit qui leur est conféré par un décret-loi du 8 août 1935.

Etant donné qu'il s'agit d'une mission spéciale confiée par la loi aux commissaires aux comptes en dehors de leurs attributions normales, pouvant entraîner une responsabilité bien définie et à part, nous renvoyons l'étude de ces deux questions respectivement au chapitre sixième de ce titre deuxième sur la responsabilité civile, et au chapitre deuxième du titre troisième sur la responsabilité pénale des commissaires aux comptes.

### SECTION 3. — COMPARAISON DE LA SITUATION ACTUELLE DES COMMISSAIRES AUX COMPTES AVEC CELLE DES MEMBRES DES CONSEILS DE SURVEILLANCE

88. — Le nouvel article 32 de la loi du 24 juillet 1867 précise la mission du commissaire aux comptes par les termes suivants que nous venons d'étudier : « ...*mandat de vérifier les livres, la caisse, le portefeuille et les valeurs de la société, de contrôler la régularité et la sincérité des inventaires et des bilans...* ». Nous savons que ce texte a profondément modifié l'ancien art. 32 qui chargea le commissaire « ...*de faire un rapport à l'assemblée générale de l'année suivante sur la situation de la société, sur le bilan et sur les comptes présentés par les administrateurs* ».

L'article 10 de cette loi organique des sociétés, dont le texte ne fut plus modifié depuis 1867, définit la mission des membres du conseil de surveillance dans les sociétés en commandite par actions de la façon suivante : « *Ils vérifient les livres, la caisse, le portefeuille et les valeurs de la société. Ils font chaque année,*

à l'assemblée générale, un rapport dans lequel ils doivent signaler les irrégularités et inexactitudes qu'ils ont reconnues dans les inventaires... ».

89. — Il est évident, en face de la similitude des termes employés dans l'art. 10 de l'ancienne rédaction et dans l'art. 32 de conception récente, que le législateur a calqué la nouvelle mission des commissaires aux comptes sur celle des membres du conseil de surveillance. L'étendue de la mission générale des deux organes étant la même, il semble en résulter une responsabilité identique. Cependant les deux textes qui régissent la matière sont conçus en termes différents.

90. — En ce qui concerne le conseil de surveillance, l'art. 9 de la loi de 1867 la précise de la façon suivante : « *Les membres du conseil de surveillance n'encourent aucune responsabilité en raison des actes de la gestion et de leurs résultats. Chaque membre du conseil de surveillance est responsable de ses fautes personnelles, dans l'exécution de son mandat, conformément aux règles du droit commun* ».

L'art. 43 règle la responsabilité des commissaires aux comptes en précisant que ces derniers sont responsables « *...envers la société... d'après les règles générales du mandat* ».

Malgré la différence du texte, nous constatons une analogie juridique parfaite et la loi a simplement pris soin, en ce qui concerne le conseil de surveillance, de préciser que ses membres n'encoureraient aucune responsabilité personnelle du fait de la gestion et de son résultat, situation qu'il fallait bien préciser étant donné leur qualité obligatoire d'actionnaire et la permanence de leurs opérations.

Au surplus, « *les membres du conseil de surveillance ne sont pas civilement responsables des délits commis par les gérants, sauf si, en ayant eu connaissance, ils ne les ont pas relevés dans leur rapport à l'assemblée générale* » (art. 15).

Le même principe général domine les commissaires aux



comptes qui ne répondent que de leurs fautes personnelles : ils ne sont pas tenus des délits ou des fautes commis par les administrateurs dans la gestion de la société, puisqu'ils n'ont pas à s'immiscer dans cette gestion (v. N<sup>o</sup> 122).

91. — Faisons également observer que l'assimilation de la mission du commissaire aux comptes à celle des membres du conseil de surveillance a été encore réalisée sur un autre point capital par la réforme de 1935 : la permanence du contrôle.

92. — Et pourtant, cette assimilation n'est pas complète, et ceci s'explique par la « différence d'essence entre les deux institutions, différence tenant à leur nature même et à leur raison d'être » (M. Masson, N<sup>o</sup> 122). Les attributions du commissaire sont tantôt plus étendues, tantôt moins vastes que celles du conseil de surveillance. Ainsi les commissaires doivent contrôler l'exactitude des informations données sur les comptes de la société dans le rapport du conseil d'administration, ils doivent faire un rapport spécial sur les marchés ou entreprises traités par les administrateurs avec la société, ils doivent révéler au Procureur de la République les faits délictueux dont ils ont connaissance, ils doivent faire des rapports spéciaux en cas de modification du mode de présentation du bilan, du compte des pertes et profits ou des évaluations pratiquées antérieurement et en cas d'émission de nouvelles actions non strictement réservées aux actionnaires.

Toute cette nouvelle réglementation créée par les décrets-lois de 1935 n'a pas été étendue aux membres du conseil de surveillance des sociétés en commandite par actions, car dans ces sociétés la présence de gérants infiniment responsables et la qualité obligatoire d'actionnaire des membres du conseil de surveillance semblent donner une garantie à la base même du fonctionnement de la société en commandite par actions, garantie qui manque entièrement à la société anonyme.

93. — Par contre, le conseil de surveillance a des obligations qui n'incombent pas aux commissaires aux comptes : il doit impérativement donner son avis sur la régularité de la constitution de la société, il doit s'exprimer sur les motifs qui s'opposent à la distribution des dividendes. Il a le droit de convoquer une assemblée générale et de provoquer, conformément à son avis, la dissolution de la société.

94. — Mais toutes ces différences ne portent que des missions secondaires ; l'attribution normale et principale des deux institutions, qui est la vérification permanente des livres et des comptes de la société, ainsi que la responsabilité qui en découle sur la base de la responsabilité générale du droit commun, sont absolument identiques depuis la réforme des décrets-lois de 1935. Dans ces conditions, le décret-loi du 8 août 1935 confère un caractère d'actualité à la jurisprudence ancienne qui a sanctionné jusqu'à présent la responsabilité des conseils de surveillance et il faut prévoir l'extension aux commissaires aux comptes des solutions données à ce sujet.

Pour cette raison, et étant donné la grande pénurie des jugements sur des cas concernant directement les commissaires aux comptes, jugements d'ailleurs devenus caducs par la réforme de 1935, nous aurons à citer bien souvent dans cette partie de notre travail qui concerne la responsabilité civile des commissaires aux comptes la jurisprudence relative aux conseils de surveillance, en la désignant toutefois spécialement par les lettres : S. C.

Nous pourrions nous en servir pour dégager avec une quasi-certitude les grands principes qui vont dorénavant régir la responsabilité civile des commissaires aux comptes, en faisant observer, toutefois, que la jurisprudence se montrera fort probablement plus sévère, tout au moins à l'égard des commissaires aux comptes « inscrits », étant donné la capacité professionnelle et les garanties que l'on est en droit d'exiger d'eux. (Conf. M. Solus, N° 271).

## CHAPITRE TROISIEME

**Etude de la faute pouvant engager la responsabilité civile  
des commissaires aux comptes**

95. — Dans le premier chapitre du titre deuxième traitant la question de la responsabilité civile, nous avons vu que l'idée de la faute est inséparable de l'idée de la responsabilité en matière de commissariat aux comptes. Peu importe que l'on se place sur le terrain de la responsabilité contractuelle, délictuelle ou institutionnelle : il n'y a pas de responsabilité du commissaire sans faute dans l'exécution de sa mission.

Dans le deuxième chapitre, nous avons examiné quelle est cette mission, quelles sont les attributions du commissaire et quels sont les moyens d'exécution que la loi met à sa disposition.

Nous devons donc passer maintenant, dans ce troisième chapitre, à l'étude de la faute proprement dite. Elle se décompose en celle de l'élément subjectif de la faute, c'est-à-dire résidant dans la personne même du commissaire (section première), de son élément objectif, c'est-à-dire inhérent à la matérialité de la faute (section 2), et celle du pouvoir d'appréciation qu'ont les tribunaux de déterminer et de mesurer la faute en tenant compte des facteurs qui sont susceptibles de la diminuer ou de l'aggraver et d'influencer ainsi la responsabilité civile qui en découle.

## SECTION PREMIÈRE. — ÉLÉMENT SUBJECTIF DE LA FAUTE

96. — § 1. — Nous avons vu plus haut que les décrets-lois de 1935 n'ont en rien modifié les textes régissant la responsabilité

civile des commissaires aux comptes et nous en avons conclu que la jurisprudence ancienne n'a rien perdu de son intérêt. Bien au contraire, depuis la quasi-assimilation de la mission du commissaire aux comptes à celle des membres du conseil de surveillance, la jurisprudence relative à la responsabilité de ces derniers est venue se joindre aux jugements relativement peu nombreux jusqu'à présent en matière pure de censoriat, et ceci est fort heureux.

Cependant, nous ne pensons pas qu'on puisse déduire de la jurisprudence autre chose que des règles générales, et non des applications particulières engageant l'avenir, car, et on ne saurait trop le répéter, en matière de responsabilité civile, on doit considérer chaque cas à la lumière des circonstances de fait qui l'entourent.

**97.** — La jurisprudence, évidemment, a d'abord consacré d'une façon unanime et rigoureuse la responsabilité des commissaires en cas de dol, c'est-à-dire si leur faute a été commise en pleine connaissance avec intention d'induire en erreur et de nuire dans un but déterminé.

Elle a assimilé au dol d'une façon non moins certaine la faute lourde, c'est-à-dire celle qui est commise dans les mêmes conditions, mais sans intention déterminée de nuire. Mais quand une faute est-elle commise en pleine connaissance de cause ou, en autres termes, quand est-il évident ou tout au moins hautement probable que le commissaire fautif ne pouvait pas ignorer la non-concordance des affirmations de son rapport avec la situation réelle de la société ?

**98.** — Certains auteurs (M. Copper-Royer, t. 4, p. 293) estiment que les irrégularités dont on fait grief au commissaire doivent constituer des vices apparents. Cette opinion rejoint la constatation faite par MM. Thaller et Percerou (N<sup>o</sup> 680), quand ils disent qu'en pratique les commissaires sont considérés « comme tenus seulement de leurs fautes graves et à



plus forte raison de leur dol ». Il faudrait donc en conclure que les commissaires n'encourent aucune responsabilité pour des fautes légères.

99. — Telle n'est pas notre opinion, ni celle de la majeure partie de la jurisprudence. En effet, le texte même de la loi ne fait aucune distinction entre la faute lourde et la faute légère : l'art. 1992 déclare que « *le mandataire répond non seulement du dol, mais encore des fautes qu'il commet* ». Et l'art. 1382 déclare réparable tout dommage causé à autrui en obligeant « *celui, par la faute duquel il est arrivé* ». Comment pourrait-on approuver alors une pratique qui ne considère comme génératrice de responsabilité que la faute grave ?

100. — Evidemment, la responsabilité du commissaire ne peut pas être engagée lorsqu'il s'agit d'irrégularités qu'il n'a point signalées parce qu'il ne pouvait pas en avoir connaissance ; tel est le cas du commissaire qui a été tenu dans l'ignorance d'un procès dont l'issue malheureuse infligera une grosse perte à la société. Tel est encore le cas si un passif non porté en comptabilité et au bilan (p. ex. une caution fournie par un administrateur insolvable) engage lourdement l'avenir. Vouloir décider autrement serait vouloir ériger le commissariat aux comptes en une sorte d'assurance contre tous les risques. La responsabilité du commissaire s'arrête là où il n'y a plus de faute subjective à lui, où le fait relevé est situé au delà de son champ de vision et en dehors des investigations normalement praticables.

101. — Mais la question devient plus délicate dès que les éléments de la faute reprochée n'échappaient pas nécessairement aux investigations du commissaire. Car de deux choses l'une : ou bien le commissaire a constaté l'irrégularité et ne l'a pas signalée, en commettant ainsi une faute lourde dans l'exercice de sa fonction, ou bien il ne l'a pas constatée,

et dans ce cas on peut se demander s'il n'est pas coupable de négligence ou d'imprudence, fait qui entraîne également sa responsabilité contractuelle et délictuelle comme nous l'avons vu plus haut (v. N° 101).

La question de la responsabilité plus ou moins lourde du commissaire se réduit donc à celle de savoir si le commissaire a agi avec tout le soin désirable, de sorte qu'il a dû connaître fatalement les irrégularités retenues, ou s'il est seulement coupable d'une négligence. Nous sommes ainsi en pleine matière d'appréciation qui doit être résolue en tenant compte, du moins dans une certaine mesure, du facteur subjectif, c'est-à-dire de la compétence du commissaire, de son expérience, de son flair, si l'on nous permet d'employer ce mot imagé dont les experts usent volontiers.

Mais on apporte ainsi un autre élément d'appréciation au problème préexistant dont la solution, par ailleurs, n'a qu'une valeur relative, étant donné que la responsabilité du commissaire est aussi bien engagée en cas de faute grave que de simple négligence.

**102.** — A défaut d'un critérium particulier, il y a lieu de se référer aux principes du droit traditionnel, lequel nous offre le procédé classique : comparer la conduite du commissaire mis en cause à ce qu'aurait été la conduite d'un commissaire doué d'une dose normale de compétence, de méthode et d'attention.

**103.** — C'est bien dans ce sens que se prononce la jurisprudence en décidant que les commissaires engagent leur responsabilité chaque fois qu'ils ne remplissent pas leurs fonctions avec la conscience qu'implique et qu'exige leur mandat. Ce qu'on incrimine, en réalité, c'est la faute qu'un bon père de famille, pour employer le terme consacré, n'aurait pas commise, et c'est ainsi qu'on voit certains arrêts parler de « la vigilance en défaut ». La Cour de Paris a jugé successivement

le 14 déc. 1880 (1) et le 10 mars 1892 (2) que la responsabilité des commissaires aux comptes est engagée s'ils n'ont pas procédé à un contrôle sérieux et une surveillance effective, et la Chambre des requêtes a déclaré le 8 mars 1876 (3) que le commissaire est en faute lorsqu'un examen, même rapide, lui aurait permis de se faire une idée exacte de la situation de la société. Et le 21 janv. 1890 (4) la Chambre des requêtes consacre formellement le principe énoncé, à savoir « qu'un mandataire n'est tenu d'apporter à la gestion dont il est chargé que les soins d'un bon père de famille ».

**104.** — Nous ne dissimulons pas que ce critérium ne résoud que très mal la question et qu'il est d'une application difficile, car il prête à un inévitable arbitraire. Au surplus, en matière de commissariat aux comptes, il est d'un usage particulièrement délicat, car, comme le fait très bien observer M<sup>e</sup> Gaston Blin de la Cour d'Appel de Paris dans sa remarquable étude sur la Responsabilité des Commissaires aux comptes (5) à laquelle nous empruntons une partie de ces développements, s'il est encore relativement facile de déterminer ce qu'il faut comprendre sur la faute qu'un bon père de famille n'aurait pas commise s'il s'agissait d'un médecin ou d'un notaire, il n'en est plus de même s'il s'agit d'un commissaire aux comptes.

Dans le premier cas, on peut déterminer avec une certaine précision, en invoquant le témoignage de ses pairs, si la personne poursuivie en responsabilité a rempli ses fonctions dans les conditions que lui imposait normalement sa profession. Mais, pour un commissariat aux comptes, il en est bien différemment, car cette fonction ne constitue pas une profession proprement dite ; elle est confiée, sauf dans les sociétés fai-

---

(1) J. S. 1881.28 ; S. 82.II.17 ; D. P. 1883.I.385.

(2) J. S. 1892.289.

(3) S. 76.I.409 ; D. P. 77.I.68 (S.C.).

(4) S. 90.I.408 ; D. P. 91.I.380.

(5) *Experta* 1933, p. 62 et svts.

sant appel à l'épargne publique, aux personnages les plus divers par leur formation intellectuelle, leur mentalité, leurs connaissances techniques.

**105.** — Va-t-on juger les fautes commises par toutes ces personnes avec la même sévérité ? Non, répond la jurisprudence d'une façon générale, et, sans voir dans l'incompétence professionnelle d'un commissaire un motif de non-responsabilité complète (v. N<sup>o</sup> 116), elle tient compte des qualités et de la compétence du commissaire pour apprécier s'il a agi par négligence ou par ignorance.

C'est ainsi que la Cour d'Appel de Paris a considéré dans son arrêt du 8 mars 1932 (1) qu'un commissaire est particulièrement responsable quand il « fait profession de remplir ces sortes de mandats et qu'il se prévaut en la matière d'une compétence technique éprouvée... ».

**106.** — Toute cette question est soulevée, bien entendu, pour déterminer s'il y a faute du commissaire et pour apprécier le degré de cette faute. Si, en vertu de ces considérations, il est certain que le commissaire n'a pas pu ignorer l'irrégularité coupable, il a agi par dol ou faute lourde ; s'il est manifeste qu'il n'a pas constaté l'irrégularité incriminée, mais que par suite de sa compétence technique et de sa personnalité elle n'aurait pas dû lui échapper, il est coupable de négligence. Sa responsabilité civile est engagée dans les deux cas. Ce n'est que dans le cas où il a accompli sa mission avec tous les soins possibles et s'il n'a pu s'apercevoir des incorrections qu'en ayant recours à un mode de vérification que sa propre expérience ne lui a pas suggéré, que la jurisprudence estime ne pas pouvoir retenir le reproche de négligence et disculpe le commissaire accusé de faute dans l'exercice de ses fonctions (v. Lyon, 12 août 1884) (2).

---

(1) D. H. 1932.225 ; J. S. 1934.304 ; G. P. 32.I.925 ; S. 34.II.84.

(2) R. S. 1885.167 ; J. S. 1885.57.



**107.** — § 2. — Il peut paraître, à première vue, que cette individualisation des appréciations de la faute commise est conforme au bon sens et à l'équité ; il nous semble cependant dangereux de généraliser dans cette voie.

En effet, l'institution du commissariat aux comptes est d'ordre public et nous le proclamons hautement en vertu de la théorie institutionnelle que nous préconisons. Elle devrait être la meilleure sauvegarde des nombreux et considérables intérêts qui se rattachent aux sociétés anonymes et qui ne sont pas limités à ceux des seuls actionnaires. Graduer la responsabilité du commissaire d'après le degré de compétence — ou d'incompétence — de celui-ci, n'est-ce pas admettre que le commissariat aux comptes peut être assumé impunément par des incapables ? Nous croyons bien au contraire, et nous aurons l'occasion de revenir un peu plus loin sur la question, qu'il y a lieu d'écarter résolument l'excuse d'incompétence dans la recherche et la détermination de la faute du commissaire, tout au moins en matière de responsabilité délictuelle vis-à-vis des actionnaires individuellement pris, et des autres tiers. N'est-ce pas une faute d'accepter un mandat quand on est incapable de le remplir ?

**108.** — Cependant, il n'y a pas lieu non plus d'exagérer dans cette voie et de demander au commissaire une surveillance et un contrôle de tout instant sous peine de le déclarer coupable de négligence dans l'exécution de sa mission. Ce n'est pas une vérification constante et minutieuse, mais bien plutôt un contrôle serré par sondages fréquents et inopinés, ainsi qu'une vérification approfondie en fin d'exercice du bilan, des comptes des pertes et profits et des affirmations d'ordre comptable dans le rapport des administrateurs, qu'il faut demander au commissaire aux comptes. Le danger même de l'imminence du contrôle, remarque avec raison M. Derkenne, doit être le principal obstacle aux tentatives de fraude.

Tel est également l'avis de M. Bosvieux (1) : « Il suffit que le contrôle s'exerce périodiquement, par épreuves répétées, au moyen d'une série d'investigations ou sondages, sauf à ce que leur vigilance devienne plus active et plus continue s'ils ont des raisons de le croire nécessaire ». S'il en était autrement, les commissaires devraient s'installer en permanence dans les bureaux de la société pour procéder au pointage de toutes les pièces comptables ainsi qu'à la vérification journalière des écritures et leur tâche deviendrait, dans bien des cas, pratiquement impossible à remplir.

Il faut donc se borner à demander aux commissaire un réel travail de vérification et de contrôle, faisant preuve de conscience et de compétence plutôt que de présence dans les bureaux de la société. Mais il faut sanctionner énergiquement toute négligence dans l'accomplissement de leur mission en engageant leur responsabilité chaque fois qu'ils auront dû découvrir l'irrégularité en agissant comme un « bon père de famille », ce que nous préférons traduire dans le domaine qui nous occupe par « vérificateur consciencieux et compétent ».

**109.** — Cette conception est d'ailleurs appuyée par une partie de la jurisprudence. Citons tout d'abord les jugements et arrêts qui condamnent l'inaction du commissaire. La Cour de Lyon a proclamé responsable de faute lourde, par arrêt du 10 novembre 1921 (2), le commissaire qui ne vérifiait par les comptes et qui les acceptait tels qu'ils lui étaient fournis, sans se livrer à aucun pointage des factures et à aucun examen de la comptabilité, se bornant à proclamer à chaque exercice qu'il avait vérifié les comptes et les reconnaissait sincères. La Cour de Cassation a dit le 17 juil. 1876 (3) que constituait une faute lourde la négligence et l'inertie des membres du conseil de surveillance qui n'ont pas procédé aux vérifications imposées. La

---

(1) J. S. 1936.169.

(2) R. S. 1922.213 ; J. S. 1923.338.

(3) D. P. 77.I.135 (S. C.).

Cour d'Amiens a jugé le 7 avr. 1911 (1) que le commissaire qui n'a jamais exercé aucun contrôle, se bornant à présenter des rapports parlant de la prospérité croissante de la société et se déclarant favorable à des distributions de dividendes, encourt une responsabilité et doit être condamné de ce chef. La Cour de Metz a déclaré le 14 août 1867 (2) que les membres du conseil de surveillance sont passibles de dommages-intérêts lorsqu'ils se sont abstenus de tout contrôle et se sont renfermés dans une inaction presque absolue. Et plus récemment, le 25 février 1935 (3), la Chambre des requêtes a établi que le préjudice subi par les créanciers étant la conséquence d'un défaut de surveillance doit être réparé par la condamnation des membres du conseil aux dommages-intérêts.

**110.** — Les Cours et Tribunaux ont ensuite condamné la négligence dans l'exercice du mandat confié, négligence qui a consisté le plus souvent dans une carence partielle ou une insuffisance des opérations de contrôle, s'exprimant par l'établissement de rapports faux ou incomplets, alors que la situation réelle aurait exigé une toute autre appréciation des faits. Il y a ainsi faute du conseil de surveillance, a déclaré le trib. de com. de Lyon le 28 juin 1890 (4), à se contenter de vérifications faites sur des simples pièces fournies par le comptable lui-même et non sur les livres de la société. Les commissaires aux comptes sont également en faute, selon arrêt de la Cour de Lyon (5) du 10 nov. 1923, si leur négligence dans le contrôle a permis les détournements d'un comptable.

Les Cours et tribunaux exigent donc une vérification approfondie des livres, de la caisse, du portefeuille et des valeurs (Lyon, 24 juin 1871) (6) en vue d'obtenir un contrôle approfondi

---

(1) J. S. 1915.261 ; G. P. 11.II.163 ; R. S. 1912.20.

(2) D. P. 67.II.178 (S. C.).

(3) D. H. 1935.161 ; J. S. 1937.282 (S. C.).

(4) D. P. 92.II.33 (S. C.).

(5) M. J. Lyon, 8 mai 1924.

(6) D. P. 71.I.189 (S. C.).

et détaillé du bilan, devant surtout déceler et empêcher toute distribution de dividende fictif. La Cour de Nancy a statué le 3 août 1907 (1) que « les commissaires ont l'obligation de ne présenter aux assemblées générales que des bilans exacts ; quand, par des rapports inexacts, de faux bilans, la distribution de dividendes fictifs, les commissaires, faisant croire à une prospérité factice de la société, y ont ainsi attiré des actionnaires nouveaux ou y ont maintenu les anciens dans une trompeuse sécurité, ils sont tenu d'une responsabilité pécuniaire... ». Bien auparavant, le 14 nov. 1883 (2), le trib. de com. de la Seine avait déclaré que les commissaires « ...ont eu le tort grave de faire... un rapport où ils affirmaient l'exactitude des comptes et du bilan, la régularité de la situation de la société et l'existence de bénéfices non acquis, qu'ils ont ainsi tous les trois commis une faute lourde... ». Et le même principe a été consacré deux ans après, le 8 janv. 1886, par le trib. civ. de la Seine (3) qui déclare responsable un commissaire qui a approuvé des bilans fantaisistes ou truqués, servant de base à la distribution de dividendes fictifs.

**111.** — Cette vérification du bilan oblige évidemment à un contrôle des postes qui le composent. C'est ainsi que la jurisprudence a déclaré négligents les membres du conseil de surveillance, qui n'ont pas exigé les inventaires annuels, en se contentant de simples balances de comptes (Caen, 16 août 1864) (4), qui ont omis de vérifier soigneusement le portefeuille (Lyon, 11 juillet 1873) (5), (Lyon, 24 juin 1911) (6) et de vérifier si les titres énoncés au bilan existent bien réellement (Paris, 18 juil. 1895) (7).

---

(1) P. F. 07.II.348 ; J. S. 1908.396 ; G. P. 07.II.384.

(2) R. S. 1883.74.

(3) R. S. 1886.166 ; loi 17 janv. 1886 ; J. S. 1886.778 (S. C.).

(4) D. P. 65.I.192 (S. C.).

(5) D. P. 74.II.209 (S. C.).

(6) J. S. 1915.274.

(7) D. P. 96.II.78 ; G. P. 95.II.225 ; J. S. 1895.433.



**112.** — Toute une série d'arrêts et de jugements imposent au commissaire l'obligation de vérifier avec des soins tout particuliers les débiteurs figurant parmi les actifs du bilan ainsi que leur solvabilité. Nous citons Bordeaux (24 mai 1886) (1) qui retient la responsabilité d'un commissaire pour avoir « ...laissé passer des comptes importants de débiteurs, dont il connaissait l'insolvabilité »; Orléans (30 juil. 1881) (2) qui proclame que les membres du conseil de surveillance commettent une faute grave lorsqu'ils laissent porter, dans les inventaires annuels, des créances mauvaises comme bonnes valeurs; Riom (22 juil. 1898) (3) qui estime qu'il y a faute lourde entraînant la responsabilité du commissaire dans le fait d'avoir déclaré à l'assemblée qu'il a trouvé le tout parfaitement en règle, alors que sous la rubrique « comptes courants » des créances perdues et irrécouvrables étaient maintenues à l'actif; Bordeaux (24 mai 1886) (1) qui dit que la responsabilité des membres du conseil de surveillance est engagée quand ils ont laissé, sans les signaler, des comptes importants de débiteurs dont ils connaissaient l'insolvabilité notoire.

Bien entendu, il faut qu'il s'agisse de débiteurs connus au commissaire comme insolvables ou dont le développement du compte, aussi bien que l'absence ou l'insuffisance des garanties, peuvent justifier des craintes. Les erreurs commises en toute bonne foi et sans négligence aucune dans l'appréciation de la solvabilité de certains débiteurs et dans l'évaluation des garanties affectées aux ouvertures de crédit ne constituant pas une faute dont les actionnaires puissent demander compte. Ainsi jugea la Cour de Douai le 30 mars 1905 (4) dans un arrêt fort bien compris.

**113.** — Citons encore un jugement du Trib. de com. de Lyon

---

(1) D. P. 87.II.115; G. P. 86.II.662 (S. C.).

(2) D. P. 87.II.115; G. P. 86.II.662 (S. C.).

(3) R. S. 1899.69.

(4) P. F. 05.II.260; J. S. 1905.500.

du 21 juillet 1931 (1) qui considère comme coupables de négligence les membres du conseil qui n'ont pas procédé à l'examen des comptes débiteurs et qui n'ont jamais vérifié le compte courant du gérant, se livrant à une spéculation boursière désordonnée, et un arrêt de Rouen du 1<sup>er</sup> déc. 1926 (2) qui déclare en faute les membres du conseil de surveillance qui, par leur incurie, ont permis aux gérants de spéculer avec les fonds sociaux et de consentir à des tiers et notamment à des maisons où leurs parents ou eux-mêmes étaient intéressés, l'ouverture de comptes dont le découvert a fini par atteindre des sommes considérables.

**114.** — Mais l'obligation du commissaire ne s'arrête pas au contrôle comptable proprement dit du bilan ; il doit également surveiller l'application des statuts et leur répercussion sur les comptes de la société. Le Trib. civ. de la Seine a ainsi jugé le 4 juillet 1890 (3) que le commissaire est responsable lorsqu'il n'a pas vérifié si les emplois de fonds prescrits par les statuts ou par l'assemblée générale ont été régulièrement effectués.

Dans le même ordre d'idée, il nous semble que le commissaire a également le devoir de surveiller la constitution régulière de la réserve légale de la société, conformément à l'article 36 de la loi du 24 juillet 1867, ainsi que des réserves spéciales qui peuvent être prescrites par les statuts. Un manque de surveillance et l'insuffisance mathématique des réserves entraîneront certainement la responsabilité du commissaire et nous ne doutons pas de cette solution malgré l'absence de toute jurisprudence sur ce point précis.

**115.** — Que faut-il décider en matière fiscale ? Le commissaire

---

(1) R. S. 1931.383 ; J. S. 1932.167 (S. C.).

(2) G. P. 27.1374 ; J. S. 1928.88 ; R. S. 1927.94 ; D. H. 1927.145 ; Rec. du Havre 1927.II.39 (S. C.).

(3) R. S. 1890.431 ; J. S. 1892.291.

encourt-il une responsabilité quelconque si la société se voit frappée d'un rappel d'impôts et d'une amende fiscale pour fraude fiscale ou insuffisance de déclaration ? A notre avis, le commissaire n'a pas à faire le travail d'un contrôleur de l'administration fiscale et il ne lui incombe pas de faire des recherches profondes en vue de déceler une fraude fiscale éventuelle.

Bien entendu, si au cours de ses investigations normales il constate des irrégularités, il a le devoir d'en référer au conseil d'administration, et même croyons-nous, au Procureur de la République, en vertu de l'art. 34 (voir N<sup>os</sup> 408 et suiv.) de la loi organique sur les sociétés anonymes, sous condition toutefois que la fraude découverte révèle nettement le caractère d'un fait délictueux, à moins que le conseil d'administration ne se décide à remédier et à rectifier les dispositions critiquables signalées.

En tout état de cause, le commissaire doit exiger la constitution d'une réserve spéciale appropriée à l'importance du risque couru si le conseil d'administration, sans avoir procédé à une fraude délictueuse nettement caractérisée et pouvant se retrancher derrière des interprétations plus ou moins soutenables de la loi fiscale, persiste dans sa manière de voir.

Le rôle du commissaire aux comptes est évidemment extrêmement délicat dans ce cas : il est certain d'une part qu'il ne doit et qu'il ne peut pas se porter dénonciateur (sauf le cas expressément prévu par l'art. 34 sus-mentionné) ni directement, ni indirectement par la voie de l'assemblée générale ; mais il est non moins certain qu'il est garant de l'exactitude et de la sincérité du bilan dans la mesure où sa mission lui a permis d'exercer un contrôle consciencieux et attentif.

Nous estimons que cette dernière règle doit primer toute autre considération. Si donc l'insuffisance de déclaration et d'imposition est absolument certaine, la société se trouve en état de dette latente vis-à-vis de l'administration fiscale. Le fait que cette dette n'est pas encore fixée en chiffres par le

créancier et ne le sera peut-être jamais, profitant de la prescription abrégée en matière fiscale, n'empêche nullement qu'elle soit juridiquement existante et qu'elle fasse partie du passif du bilan jusqu'au moment où sa récupération par l'administration fiscale n'est plus possible. Le commissaire doit donc exiger qu'on en tienne compte, si non ouvertement, du moins d'une façon plus ou moins occulte parmi les créateurs de la société ou parmi les frais à payer en vertu même du principe de la sincérité du bilan. S'il ne le fait pas, sa responsabilité se trouve engagée non point en considérant le caractère spécial de la question, mais parce qu'il a présenté à l'assemblée générale un bilan et des comptes qu'il savait faux.

**116.** — Nous pensons même ne pas nous abuser en faisant un pas plus loin dans ce domaine pour assimiler la matière fiscale purement et simplement à la matière commerciale étudiée plus haut. Nous estimons que le commissaire à l'obligation de vérifier avec les soins ordinaires la situation fiscale de la société et sa répercussion sur le bilan au même titre qu'il vérifie les créateurs et les débiteurs, et toute la question fiscale se trouve ainsi réduite et ramenée sur le terrain de la responsabilité normale qui se dégage pour le commissaire de l'obligation de remplir sa mission intégralement en son âme et conscience.

S'il ne procède pas aux vérifications que la pratique du contrôle des comptes en fin d'exercice lui impose normalement, il commet une faute de négligence et il ne saurait même invoquer son incompétence en matière fiscale, car celui qui accepte la mission d'un commissariat aux comptes doit savoir que des connaissances fiscales font partie du bagage technique exigible, au même titre que la connaissance de la comptabilité.

Faut-il rappeler, pour le prouver, que l'arrêté du 16 septembre 1936 relatif aux conditions de l'examen d'aptitude aux fonctions de commissaires de sociétés prévoit expressément une interrogation sur les « Obligations fiscales des Sociétés » ?



**117. — § 3.** — Nous arrivons ainsi à la fin de notre étude sur l'élément subjectif de la faute du commissaire, pouvant entraîner sa responsabilité civile.

Toute la question est dominée par le principe que le commissaire est responsable, chaque fois qu'il n'agit pas avec la compétence et la conscience qu'on peut lui demander dans l'accomplissement de sa mission.

Il doit, en outre, agir avec tact et mesure et ne doit pas plus se considérer comme censeur hargneux et irritable que comme panégyriste de la société ou de son conseil d'administration.

Son rapport doit être surtout technique en se cantonnant sur le terrain technique de sa mission. Tout rapport tendancieux, même fait sans mauvaise intention manifeste, peut entraîner la responsabilité du commissaire. Ainsi fut jugé par le Trib. civ. de la Seine le 8 janv. 1886 (1), la Cour d'Aix le 4 juill. 1883 (2) et la Cour de Nancy le 3 août 1907 (3).

Quand il a à exposer des critiques, il doit le faire d'une façon nette et claire. La Cour de Paris a statué d'une façon excellente le 8 mars 1932 (4) en déclarant responsable un commissaire qui s'est borné à attirer l'attention des actionnaires sur les articles critiquables du bilan par un commentaire discret, insuffisamment explicite et clair, et tel enfin que la manœuvre du conseil d'administration n'en pouvait être gênée. Quand le commissaire a quelque chose à dire à ses mandants, qu'il le fasse en paroles compréhensibles pour eux et qu'il n'essaye pas d'abriter sa responsabilité derrière des expressions obscures et des astuces de langage qui ne disent pas ce qu'il voudrait bien dire, n'osant pas dire ce qu'il doit dire. Qu'il appelle un chat un chat et un fripon un fripon.

---

(1) R. S. 1886.166 ; Loi 17 janv. 1886 ; J. S. 1886.778 (S. C.).

(2) R. S. 1883.608 ; J. S. 1884.585 (S. C.).

(3) J. S. 1908.396 ; G. P. 07.II.384 ; P. F. 07.II.348.

(4) J. S. 1934.304 ; D. H. 1932.225 ; G. P. 32.I.925 ; S. 34.II.84.

**118.** — Rien ne lui servira non plus d'être pris de remords tardifs. Le Trib. com. de la Seine a jugé le 28 nov. 1884 (1) que le commissaire qui, dans son deuxième et troisième rapport a cherché à renseigner les actionnaires sur les charges entrevues, en signalant les fautes commises et certaines dilapidations des administrateurs, doit, cependant, être tenu pour responsable en partie, dès lors que dans son premier rapport, rédigé en termes élogieux, il a passé sous silence ces faits.

**119.** — En résumant l'enseignement qui se dégage de cette étude et de la jurisprudence citée, nous pouvons établir maintenant quelques principes généraux qui régissent la question de la faute entraînant la responsabilité civile du commissaire aux comptes.

La responsabilité civile du commissaire aux comptes est pleinement engagée lorsqu'il agit par dol ou par faute lourde. Il commet une faute lourde, chaque fois qu'il a eu connaissance de l'irrégularité incriminée sans la signaler. Pour apprécier s'il en a eu connaissance, il faut tenir compte d'une part de l'apparence du vice et de la faculté de le découvrir, et d'autre part de la compétence technique du commissaire.

Le commissaire est également responsable des irrégularités qu'il aurait dû découvrir normalement, mais qui lui ont échappé, soit par suite de négligence dans l'exécution de sa mission, soit par manque de savoir-faire.

En d'autres termes, la responsabilité du commissaire est engagée chaque fois qu'il n'a pas agi tel qu'un commissaire compétent et consciencieux l'aurait pu et dû faire et a fortiori s'il a agi en pleine connaissance de cause.

Le facteur subjectif, c'est-à-dire la considération de la personnalité du commissaire, de sa compétence ou incompétence technique et de son aptitude morale ne constitue donc jamais une cause d'irresponsabilité ; il peut tout au plus être retenu

---

(1) R. S. 1885.178 ; J. S. 1891.236.

pour apprécier, par présomption, si le commissaire a agi en connaissance de cause ou par simple ignorance ou négligence et pour fixer sur la base de cette appréciation le degré et l'étendue de sa responsabilité civile.

## SECTION 2. — ÉLÉMENT OBJECTIF DE LA FAUTE

**120.** — Mais pour que la responsabilité du commissaire soit engagée, il faut que la faute sur laquelle se base cette responsabilité soit caractérisée par certaines conditions d'ordre matériel en dehors de la personnalité du commissaire, de sa compétence et de sa conscience. Nous étudierons dans cette deuxième section cet élément objectif de la faute.

**121.** — § 1. — A) Il faut, avant tout, que la faute soit commise personnellement par le commissaire aux comptes. Ceci peut paraître comme un axiome en dehors de toute discussion. Il n'en est cependant pas ainsi et la question présente plusieurs aspects dignes d'examen.

**122.** — Rappelons tout d'abord que le dernier alinéa de l'article 15 de la loi du 24 juillet 1867 fut complété par les décrets-lois de 1935 d'une façon fort dangereuse pour les commissaires. A l'ancien texte toujours en vigueur et qui est ainsi conçu : « *Les membres du conseil de surveillance ne sont pas civilement responsables des délits commis par les gérants* » on a ajouté le texte suivant : « *...sauf si, en ayant eu connaissance, ils ne les ont pas relevés dans leurs rapports à l'assemblée générale* ».

Etant donné que l'art. 45 de cette loi déclare expressément que « *les dispositions des articles ...15 ...de la présente sont applicables en matière de sociétés anonymes...* » il nous semble très difficile de douter, comme le fait M. Masson (N<sup>os</sup> 254-255), que les commissaires ne soient civilement responsables des

délits commis par les administrateurs s'ils ne les ont pas révélés à l'assemblée générale, tout en les connaissant.

Nous ne pensons pas, comme cet auteur, pouvoir tirer argument du fait que les rédacteurs du décret-loi du 8 août 1935 ont fait suivre le texte cité de l'art. 45 de la précision suivante : « ...*les dispositions des dits articles (13-14-15 et 16) visant les gérants des sociétés en commandite par actions sont applicables aux administrateurs des sociétés anonymes* », sans prescrire également que les dispositions visant le conseil de surveillance concerneront également les commissaires aux comptes. Nous pensons plutôt qu'il s'agit ici d'une précision supplémentaire donnée, bien inutilement du reste, à la première phrase de cet art. 45 qui énonce le principe général avec force en disant que « les dispositions des articles 13, 14, 15 et 16 sont applicables en matière de sociétés anonymes ». La deuxième phrase de l'art. 45 n'est pas une restriction apportée à la première, mais une illustration.

**123.** — Il est, d'ailleurs, dangereux de vouloir trop tirer argument de la rédaction des décrets du 8 août 1935 qui est souvent imprécise et même contradictoire, nous le verrons également plus loin (v. N<sup>o</sup> 330), et qui porte la marque de la rapidité, sinon de sa conception, tout au moins de son accouchement, si nous osons ainsi dire. Il faut beaucoup plus s'attacher à rechercher l'esprit du texte que de faire une exégèse bien dangereuse.

**124.** — Dans cet ordre d'idées, nous estimons donc que l'art. 15 s'applique en entier aux commissaires aux comptes. Ainsi, en gardant le silence sur les délits des administrateurs, les commissaires commettent un manquement à leur mission entraînant leur responsabilité personnelle. Mais la sanction en est énorme : ils auront non seulement à supporter pécuniairement la conséquence de leur silence, c'est-à-dire des nouveaux délits que commettront éventuellement les administrateurs encou-



ragés par leur première impunité, ce qui logiquement sera la conséquence normale de leur faute ; mais ils deviennent responsables comme de vulgaires complices pour les anciens délits, même s'ils les ont seulement constatés lors de leur vérification du bilan en fin d'exercice, et qu'ils ne pouvaient donc ni les prévoir, ni les empêcher. Certes, ils ont eu la faiblesse, sinon le tort, de ne pas les révéler à l'assemblée générale. Mais le motif de leur silence n'est pas toujours un motif intéressé : fort souvent le commissaire croit agir dans l'intérêt même de la société, et par conséquent des actionnaires, car l'assemblée générale n'est pas toujours un forum qualifié pour apprécier et juger une faute commise, et la publicité de ses débats qui est souvent assurée par des esprits malveillants ou intéressés peut mettre dans les mains d'un groupement adverse ou de la concurrence, de bien nuisibles atouts.

**125.** — L'ancienne jurisprudence elle-même soutenait les commissaires dans cette façon de voir et nous pouvons notamment citer un arrêt de la Cour de Rouen du 1<sup>er</sup> déc. 1926 (1) dans lequel la Cour déclare qu'on ne saurait imposer aux membres du conseil de surveillance d'une société l'obligation étroite de révéler aveuglément à une assemblée générale d'actionnaires, c'est-à-dire en réalité au public, les irrégularités qu'ils découvrent dans la gestion, alors que cette révélation pourrait aller jusqu'à compromettre l'existence même de l'entreprise. Au surplus, a dit la Cour, ce défaut de communication à l'assemblée ne saurait leur être reproché alors qu'il est sans relation avec la catastrophe.

La nouvelle rédaction de l'art. 15 prend donc exactement le contre-pied de cette ancienne jurisprudence.

**126.** — Nous ne pensons pas non plus, comme M. Lisbonne (N<sup>o</sup> 206), que l'art. 15 apporte avant tout une sanction civile

---

(1) D. H. 1927.145 ; R. S. 1927.94 ; G. P. 27.I.374 ; Rec. du Havre 1927.II.39 ; J. S. 1928.89 (S. C.).

destinée à punir les manquements des commissaires à l'obligation que leur impose l'article 34, alinéa 3, de la loi précitée (v. N° 64) de signaler à l'assemblée les irrégularités et inexactitudes relevées. Et M. Lisbonne ajoute qu'on aurait tort de croire que les commissaires sont ainsi rendus responsables de délits qu'ils n'ont pas commis.

Nous avons exposé plus haut notre manière de voir : en matière civile, la sanction normale de la faute du commissaire est sa responsabilité civile pour les conséquences qui découleront de cette faute. Décider que la sanction civile d'une faute sera autre chose que la répercussion des conséquences de celle-ci, c'est vouloir renverser un des plus purs principes du droit basé sur la logique et l'équité même. Une telle sanction ne serait plus une sanction civile de la faute, mais une sanction pénale, pas une sanction ayant pour but de réparer le préjudice causé, mais une peine ayant pour but de frapper le fautif.

**127.** — C'est pour cette raison que nous persistons à croire que l'art. 15 a créé une formule hybride bien malheureuse et qu'il a conçu une monstruosité juridique, à savoir celle de déclarer le commissaire civilement responsable de délits qu'il n'a guère commis.

Et qu'on ne vienne pas, pour illustrer la possibilité d'une responsabilité pour autrui, nous parler de la responsabilité des maîtres et des commettants pour les fautes de leurs domestiques ou de leurs préposés. On sait trop combien la jurisprudence a dû faire effort et violence à la logique pour rattacher cette responsabilité du patron à une faute qui lui soit propre, antérieure à celle du subordonné ; à savoir la faute dans le choix de son préposé. D'ailleurs, peut-on parler de maître et de domestique, de commettant et de préposé dans cette matière, d'autant plus que cette assimilation attribuerait le risque du maître et commettant au commissaire et le rôle du domestique ou du préposé à l'administrateur.

Qu'on ne vienne pas davantage nous citer la responsabilité

des parents et instituteurs pour leurs enfants et élèves, basée entièrement sur une simple présomption de faute dans l'exercice de la surveillance due.

Toutes ces responsabilités découlant de l'art. 1384 du Code civil sont basées sur une faute antérieure ou au moins concomitante du responsable qui, en ne manquant pas de soins et de surveillance, aurait pu les empêcher. La responsabilité du commissaire pour les délits non relevés des administrateurs se greffe par contre sur un fait délictueux déjà établi qu'une autre conduite du commissaire n'aurait pu empêcher, mais seulement dénoncer. Il ne s'agit donc nullement d'une sanction pour le manque de surveillance du commissaire, dans le sens de l'art. 1384 du Code civil, mais d'une sanction frappant civilement la faute de silence du commissaire, en méconnaissance complète du grand principe juridique qui exige un rapport de causalité entre la faute commise et le préjudice subi.

C'est pourquoi nous ne croyons pas, comme M. Masson (V. 252), qu'en établissant cette responsabilité exorbitante du commissaire, le législateur de 1935 ait institué une responsabilité du fait d'autrui au sens de l'art. 1384. Il a, à notre avis, édicté tout simplement, et sans s'en rendre compte, une sanction d'ordre purement pénale sous l'apparence et le couvert d'une sanction civile et ceci est fort regrettable.

Qu'on ne vienne pas non plus nous parler de la théorie du risque créé, entraînant la responsabilité civile du maître de la chose : elle n'a aucune application possible dans le domaine du censoriat (V. N° 41).

**128.** — Par contre, nous sommes d'accord avec M. Lisbonne (N° 206) pour déplorer l'excessive rigueur de la loi qui fait du commissaire une machine de vérification comptable, dont le mécanisme se déclenchera automatiquement, sans aucune préoccupation de l'intérêt réel de la société.

Combien nous aimons mieux l'ancienne jurisprudence qui avait toujours déclaré l'irresponsabilité des commissaires et

des conseils de surveillance pour les fautes des administrateurs et des gérants, si ces fautes ont été commises en dehors d'eux et échappaient normalement à leur surveillance ! (Poitiers, 20 août 1859 (1) ; Cas. requ., 21 juil. 1890 (2).

**129.** — Signalons dans le même ordre d'idées que les commissaires ne sont pas civilement responsables des fautes ou malversation des directeurs et employés de la société, même s'ils ne les ont pas portées à la connaissance de l'assemblée, sous condition toutefois que ces faits n'aient pas été rendus possibles par suite du manque de surveillance du commissaire dans le cadre normal de sa mission. Ainsi, l'art. 15 a une portée strictement limitée ; il ne concerne que les administrateurs et non les employés de la société, catégorie pour laquelle nous rentrons dans l'application du droit commun. Le Trib. de com. de Marseille a jugé le 13 fév. 1928 (3) que les commissaires aux comptes, n'ayant pas à surveiller la gestion sociale, ne peuvent être recherchés du fait des erreurs ou omissions de caisse.

**130.** — *B)* Nous avons dit qu'en principe seule la faute personnelle du commissaire est susceptible d'entraîner sa responsabilité civile. Mais un commissaire peut avoir un travail considérable à accomplir pour vérifier avec les soins désirables les opérations d'une société. A-t-il le droit de se faire aider par des auxiliaires ou collaborateurs et quelle est la position de la responsabilité qui en découle pour lui ?

Contrairement au droit belge qui prévoit dans son article 4 des lois coordonnées que les commissaires pourront se faire assister d'un expert pour procéder à la vérification des livres et comptes de la société, la loi française est complètement muette à ce sujet. M. Ramette, député, a posé le 11 décembre 1936 la question suivante au ministre : « Les commissai-

---

(1) D. P. 59.II.212 ; S. 60.II.203.

(2) D. P. 91.I.270 ; S. 92.I.501 ; R. S. 1891.9 ; J. S. 1891.266 ; P. F. 90.I.451.

(3) J. S. 1930.677.



res aux comptes devront-ils exercer leurs fonctions personnellement, ou pourront-ils n'en assurer que la charge et faire effectuer les vérifications et les travaux par des employés ou des personnes interposées ? ». Le ministre a répondu (1) qu'il « n'appartient pas à la chancellerie d'émettre un avis sur une question susceptible d'être soumise, à l'occasion des cas d'espèce, à l'appréciation souveraine des tribunaux ».

**131.** — Il faut donc décider en appliquant le droit commun, et alors, à notre avis, aucun doute ne peut subsister. Le commissaire est avant tout un mandataire choisi par l'assemblée générale en vue d'une prestation à faire. Cette prestation n'est pas une chose d'ordre purement matériel comme par exemple celle de transporter un tas de charbon d'un magasin à un autre. Elle est une chose extrêmement délicate dans laquelle intervient le savoir-faire, la compétence, l'expérience, la conscience même du mandataire, bref toute sa personnalité. Son choix est donc hautement influencé par la considération de *l'intuitus personae*. Un tel mandataire ne peut pas avoir le droit de se substituer entièrement ou partiellement un remplaçant sans y être autorisé par le mandat. S'il le fait, il engage gravement sa responsabilité personnelle et doit répondre de tout préjudice que cette substitution irrégulière et les fautes du remplaçant peuvent causer à la société.

**132.** — En outre, le nouvel article 34 de la loi du 24 juillet 1867 a décrété que le commissaire était tenu au secret professionnel. Permettre que le commissaire puisse se faire remplacer à son gré par des employés ou collaborateurs constituerait une disposition incompatible avec celle du secret professionnel, dont le commissaire a été personnellement le dépositaire.

---

(1) J. O. 13 janv. 1937.

**133.** — Nous savons bien que l'importance du travail exige souvent dans la pratique l'intervention de deux ou plusieurs personnes. Mais il appartient alors à l'assemblée générale d'en tenir compte en nommant plusieurs commissaires. Faute de l'avoir fait, on peut dire que l'intention du mandant est que le commissaire doit procéder personnellement sans pouvoir s'adjoindre des collaborateurs.

**134.** — Mais que décider en cas d'empêchement du commissaire ? Ne peut-il pas se substituer un tiers dans l'exercice de son mandat ? Nous ne le croyons pas.

Tout d'abord, les assemblées générales ont l'habitude de désigner d'avance un ou plusieurs commissaires suppléants. A quoi bon procéder à cette désignation si le commissaire empêché peut lui-même désigner son remplaçant ?

Et l'article 32 de la loi de 1867 modifié en 1935 ne prévoit-il pas expressément le cas en disant qu'en « *cas d'empêchement d'un ou de plusieurs des commissaires nommés, il est procédé à leur remplacement par ordonnance du président du tribunal de commerce du siège de la société...* ». Le texte est impératif : il est procédé... Il n'ouvre donc pas une faculté éventuelle, mais prescrit une procédure légalement imposée.

**135.** — Par conséquent il nous semble, contrairement à l'avis de MM. Dolbeau et Cantenot (N<sup>o</sup> 236), que le commissaire commet chaque fois une violation de la loi et une faute dans l'exécution de son mandat, s'il se fait assister ou aider par des tiers. Sa responsabilité civile sera pleinement engagée pour toute faute de ces tiers. Si donc, en présence de l'importance des pointages à effectuer, le commissaire se fait accompagner d'un secrétaire, qu'il ait soin de limiter le rôle de ce dernier à un travail purement matériel et mécanique, ne révélant en rien les secrets de la société. L'inobservation de cette dernière recommandation l'exposerait non seulement aux inconvénients d'une action civile, mais également à ceux d'une action

correctionnelle basée sur le nouvel art. 34 de la loi de 1867, qui rend applicable aux commissaires l'art. 378 du Code pénal sur la violation du secret professionnel. Nous verrons cette dernière question plus loin en détail (V. N° 420).

**136.** — § 2. — A) Si les commissaires aux comptes sont civilement responsables de leurs fautes et, dans les conditions de l'article 15, de celles des administrateurs, faut-il au moins que leurs fautes soient en rapport direct avec leur mission ? Ou, en d'autres termes, une faute commise par le commissaire en dehors de sa mission stricte, entraîne-t-elle sa responsabilité ? Si par exemple le commissaire, outrepassant sa mission, commet des ingérences dans la gestion des affaires sociales, sa responsabilité est-elle engagée ?

La solution est absolument certaine en ce qui concerne les tiers et les actionnaires pris individuellement et agissant en vertu de l'art. 1382 du Code civil qui ouvre l'action en responsabilité délictuelle pour « tout fait quelconque ». Mais la question peut se poser de savoir si la société elle-même, liée par la convention du censoriat, peut invoquer la responsabilité contractuelle ou la responsabilité délictuelle pour des faits étrangers à la mission du commissaire.

**137.** — En ce qui concerne la responsabilité contractuelle, nous ne le croyons pas. Cette responsabilité a un champ d'action strictement limité à la mission. Cependant il sera souvent bien difficile à dire si le fait reproché est réellement étranger à la mission ou s'il n'y est pas attaché directement ou indirectement. Question d'espèce avant tout.

**138.** — Par contre, rien ne semble empêcher que la demande soit basée sur la responsabilité délictuelle, car le contrat intervenu entre la société et le commissaire, tout en ouvrant sur la base des obligations du mandat confié à celui-ci une action en responsabilité contractuelle, ne peut pas supprimer du

même coup l'application du droit général basé sur l'art. 1382 qui est d'ordre public. La jurisprudence est bien uniforme à ce sujet. (V. N<sup>o</sup> 18).

**139.** — Nous pouvons conclure que la responsabilité civile du commissaire n'est pas seulement engagée pour les fautes commises dans l'exécution même de sa mission, mais également pour les autres fautes situées en dehors de sa mission sur la base de l'art. 1382, et ceci non seulement vis-à-vis des tiers, mais également vis-à-vis de la société. Cependant, nous nous trouvons alors en plein droit commun, tandis que la responsabilité du commissaire aux comptes agissant en tant que tel (elle fait uniquement l'objet de cette étude) ne peut être engagée soit contractuellement (vis-à-vis de la société), soit délictuellement (vis-à-vis de la société ou des tiers) que pour des fautes en connexion directe avec l'exécution de sa mission.

**140.** — *B)* Dans ces conditions, il est certain que la responsabilité du commissaire ne peut pas être recherchée pour des irrégularités commises par les fondateurs (Conf. Orléans, 15 fév. 1888 (1); Agen 7 mars 1888 (2); Cass. requ. 21 juillet 1890) (3), ni pour des irrégularités dans les formalités de constitution ou d'augmentation de capital.

**141.** — Les membres du conseil de surveillance de la société en commandite par actions sont spécialement chargés par l'art. 6 de la loi de 1867 de vérifier, immédiatement après leur nomination, si toutes les dispositions de la loi relative à la constitution et aux apports ont été observées, mais il n'en est pas de même pour les commissaires aux comptes en l'absence de tout texte légal les concernant. Ils ne sauraient donc être déclarés responsables de ces fautes ni de la nullité éventuelle

---

(1) J. S. 1889.293.

(2) S. 92.I.501; J. S. 1889.512.

(3) P. F. 90.I.451; D. P. 91.I.270; S. 92.I.501; R. S. 1891.9; J. S. 1891.266.



de la société, car ils ne sont pas chargés de vérifier l'accomplissement des formalités constitutives.

**142.** — Toutefois, leur responsabilité pourrait être engagée, aussi bien quant à la responsabilité contractuelle que quant à la responsabilité délictuelle, s'ils n'avaient pas éclairé les actionnaires sur l'irrégularité de la constitution de la société, alors qu'ils avaient eu ou auraient pu avoir connaissance de cette irrégularité en exécutant correctement leur mission de vérification générale (Conf. MM. Houpin et Bosvieux, t. I, N° 818). Il s'agit par conséquent pour les premiers commissaires, ainsi que pour ceux opérant lors d'une augmentation de capital, de vérifier si la société est bien entrée en possession des actifs et a bien pris en charge les passifs conformément aux actes constitutifs ou d'augmentation de capital. C'est une vérification comptable qui rentre bien dans leur mission puisqu'ils doivent se faire présenter les pièces et actes justificatifs. (Conf. M. Masson, N° 131).

**143.** — Quatre jugements et arrêts peuvent être cités à l'appui de l'irresponsabilité des commissaires en matière de constitution ou d'augmentation de capital : Cass. civ. du 21 juin 1890 (1), Agen du 9 mai 1904 (2), Trib. com. Rouen du 21 mars 1910 (3) et Rouen du 4 janv. 1911 (4). Un arrêt de la Cour de Cassation Ch. civ. du 4 juin 1883 (5) est particulièrement intéressant dans l'énoncé du principe, bien que la question traitée ait perdu de son actualité, à cause de la permanence du contrôle des commissaires consacré par la réforme de 1935. « Attendu, a dit la Cour, que le seul fait précisé par l'arrêt attaqué pour motiver la responsabilité du commissaire

---

(1) D. P. 91.I.270.

(2) S. 06.II.289.

(3) J. S. 1912.59.

(4) J. S. 1912.59.

(5) R. S. 1883.589 ; S. 84.I.113 ; P. Chr. 83.I.206 ; D. P. 83.I.385 ; G. P. 834.I.34.

aux comptes consiste à n'avoir point éclairé les actionnaires sur la situation de la société, en contrôlant les déclarations relatives à la régularité de sa constitution, mais... que, dans le trimestre qui a précédé l'époque fixée pour l'assemblée générale, il n'avait plus les fonctions de commissaire ; attendu... qu'il ne résulte point non plus de l'arrêt attaqué que l'irrégularité de la constitution de la société... lui ait été d'autre part révélée... ». Et la Cour de Cassation, en vertu de ses attendus, casse l'arrêt rendu le 14 décembre 1880 par la Cour d'Appel de Paris qui avait condamné le commissaire aux comptes. MM. Vavasseur (t. 2, N<sup>o</sup> 890) et Houpin et Bosvieux (t. 2, N<sup>o</sup> 1115) approuvent la manière de voir de la Cour suprême.

**144.** — C) Le commissaire aux comptes, responsable pour ses fautes personnelles, ne peut pas l'être pour les fautes de ses prédécesseurs. Il est bien en droit de présumer la régularité et la sincérité des écritures et inventaires approuvés par l'assemblée générale avant sont entrée en fonctions. Dès le 31 oct. 1866, le trib. de com. de Marseille (1) a jugé que « le conseil de surveillance qui succède à un autre accepte les inventaires et les bilans précédents comme des actes faits et vérifiés régulièrement par les personnes qui en avaient le droit et le mandat, sans être responsable de ces mêmes actes auxquels il n'a pas dû prendre part ». Dans le même sens ont opiné Lyon le 11 juil. 1873 (2), le trib. civ. de la Seine le 8 janv. 1886 (3), et plus spécialement au sujet des commissaires aux comptes, le même trib. civ. de la Seine le 20 mai 1889 (4), ainsi que Douai le 9 juin 1896 (5).

**145.** — Nous ne partagerons donc pas l'avis exprimé par M. Jacques Charpentier, selon lequel, dans son traité magis-

---

(1) S. 70.I.425 (S. C.).

(2) D. P. 74.II.209 ; S. 74.II.73 (S. C.).

(3) Loi du 17 janv. 1886 ; R. S. 1886.166 ; J. S. 1886.778 (S. C.).

(4) J. S. 1889.523.

(5) D. P. 98.II.206 ; J. S. 1896.409 (S. C.).

tral (1), le commissaire « ne doit pas accepter sans contrôle les chiffres provenant de ses bilans s'ils se répercutent dans les écritures de l'exercice dont il assume l'examen ».

Vouloir décider ainsi ce serait obliger chaque nouveau commissaire entrant en fonction à refaire une partie du travail, et non la moindre, de son prédécesseur et de vérifier en tout état de cause une nouvelle fois tout l'ancien bilan avec l'ensemble des comptes des débiteurs et des créditeurs, dont les soldes se répercutent fatalement dans les écritures d'ouverture du nouvel exercice.

146. — Mais le commissaire ne saurait se dispenser de prendre connaissance des rapports de ses prédécesseurs pour être au courant de leurs observations éventuelles et pour s'assurer que l'on en a tenu compte. Et si, procédant aux vérifications normales, le commissaire découvre des erreurs dans les comptes de l'exercice clos, ou si le prédécesseur était manifestement sujet à suspicion, étant donné les conditions d'entrée en fonction du nouveau commissaire, ce dernier doit faire remonter ses investigations selon les besoins d'un contrôle comptable sérieux, afin d'exiger réparation des irrégularités commises et d'en pouvoir rendre compte, le cas échéant, à l'assemblée générale dans son rapport, ou au Procureur de la République en vertu de l'obligation qui lui est imposée par l'art. 34 de la loi sur les sociétés anonymes.

En agissant autrement, le commissaire ajouterait sa propre faute à celle de son prédécesseur et engagerait sa responsabilité. Ainsi fut déjà jugé par Rennes le 27 nov. 1913 (2) et par Cass. requ. le 31 mars 1896 (3).

147. — Inversement, il va de soi que les commissaires ne peuvent pas être responsables pour des faits qui se produisent

---

(1) Bilans et inventaires, § 573 *in fine*.

(2) J. S. 1914.361.

(3) J. S. 1896.298 ; S. 96.I.309 ; G. P. 96.I.721 ; D. P. 97.I.21.

postérieurement à la cessation de leurs fonctions, s'ils n'y ont pris aucune part directement ou indirectement. On ne saurait donc même pas leur reprocher une négligence manifeste dans l'accomplissement de leur mission en y voyant un encouragement donné aux administrateurs pour commettre des irrégularités, et ce en se basant sur l'inefficacité du contrôle censoral, si les faits délictueux se sont entièrement produits après la résiliation du mandat du commissaire négligent. La solution est certaine et nous citons Lyon 11 juil. 1873 (1) et Cass. requ. 15 avril 1873 (2).

**148.** — Rappelons cependant à ce sujet ce que nous avons déjà exposé plus haut (V. N<sup>o</sup> 63), à savoir que la mission du commissaire n'est pas liée à l'exercice même qui fait l'objet du bilan à présenter avec son rapport à l'assemblée générale, mais qu'en vertu de la permanence du contrôle édictée par la réforme de 1935, il doit entreprendre et poursuivre sa tâche depuis l'époque de sa nomination jusqu'au jour où il sera remplacé.

Des irrégularités commises dans la période comprise entre la date du bilan et le jour de sa sortie de fonction ne seront donc pas à considérer comme postérieures à sa mission et engageront pleinement sa responsabilité.

### SECTION 3. — POUVOIR D'APPRÉCIATION DES TRIBUNAUX

**149.** — Nous avons constaté dans la première section de ce chapitre qu'un élément subjectif est à la base de la responsabilité du commissaire, qui doit se joindre à l'élément objectif de la faute, examiné dans la deuxième section. Ce dernier est presque toujours un fait constatable matériellement et ne prête

---

(1) D. P. 74.II.209 ; S. 74.II.73 (S. C.).

(2) D. P. 73.I.31 (S. C.).



pas à grande discussion. Mais l'élément subjectif est avant tout une question d'appréciation et la règle juridique même à laquelle nous étions forcés de nous rallier faute de mieux, à savoir celle du bon père de famille ou du commissaire compétent et consciencieux *in abstracto*, est une conception qui laisse le champ ouvert à l'appréciation personnelle des magistrats.

Il convient donc d'examiner maintenant les différents facteurs qui, dans le passé, ont pu retenir l'attention de la jurisprudence dans l'appréciation subjective de la faute et *ergo* de la responsabilité des commissaires, afin d'y puiser des indications sur l'attitude future probablement inchangée des Cours et des tribunaux, étant rappelé que la réforme de 1935 n'a pas modifié les textes légaux qui régissent cette responsabilité.

Cependant, nous ne sommes pas toujours entièrement d'accord avec les solutions jurisprudentielles et nous exposerons notre façon de voir lors de l'examen des points qui semblent devoir retenir particulièrement notre attention. Nous les groupons dans deux paragraphes, dont le premier s'occupe particulièrement des facteurs pouvant entrer en ligne de compte pour diminuer la responsabilité civile des commissaires aux yeux des juges, tandis que le second groupera les motifs d'aggravation éventuelle de cette responsabilité.

**150. — § 1. — A)** Parmi les facteurs éventuellement susceptibles d'atténuer la responsabilité du commissaire aux comptes se place en première ligne son entière bonne foi. La doctrine toutefois est unanime et a toujours rejeté l'argument de bonne foi comme élément d'excuse de la responsabilité engagée dans les termes du droit commun. Tel est l'avis exprimé par MM. Houpin et Bosvieux (t. 2, N° 1115), Pont (t. 2, N° 1696), Floucaud-Pénardille (t. 2, N° 794), Vavasseur (t. 2, N° 890), Rousseau (t. 1, N° 3144), Pic (t. 3, N° 1542). Telle est également notre opinion, que nous développerons plus amplement sous le N° 155. En matière de responsabilité civile l'élément intentionnel est sans valeur.

**151.** — Telle est également l'opinion d'une partie de la jurisprudence, à savoir Colmar le 3 juil. 1867 (1), Paris le 14 déc. 1880 (2), Paris le 18 juil. 1895 (3), trib. com. Seine le 15 janvier 1894 (4), et celle de Cass. requ. le 13 janv. 1869 (5) qui, sous le régime de 1856, avait déjà jugé le 15 janv. 1862 (6) que point n'est besoin que la preuve de la mauvaise foi censoriale soit apportée. La même idée est affirmée dans un arrêt d'Angers du 5 juil. 1876 (7), confirmé le 12 fév. 1879 par Cass. civ. (8) et qui dit que : « leur bonne foi, leur honorabilité non discutées ne suffisent pas pour les protéger contre les responsabilités qui doivent les atteindre ».

Bien sûr, le fait d'avoir été trop peu soupçonneux n'est pas en lui-même générateur de la responsabilité (Cass. requ. 28 mai 1889 (9); Trib. com. Clermont-Ferrand 20 mars 1897 (10); Riom 22 juil. 1898 (11); Trib. com. Tarare 6 fév. 1906 (12); Lyon 19 sept. 1921) (13), et la Cour de Cassation, chambre civile, a décidé le 26 mai 1869 (14) : « Attendu que le portefeuille a toujours présenté une situation conforme aux livres produits et un actif net bien supérieur au capital; que pour établir un pareil résultat, Z... a présenté une comptabilité altérée, des balances fausses, et qu'aucun des membres du conseil ne pouvait prévoir de pareilles indignités; qu'il est établi par les pièces versées au procès que les membres du conseil ont surveillé avec une grande vigilance et qu'en présence des résultats

---

(1) D. P. 67.2.235 (S. C.).

(2) D. P. 83.I.385 ; J. S. 1881.28 ; S. 82.II.17.

(3) J. S. 1895.433 ; D. P. 96.II.78 ; G. P. 95.II.225.

(4) R. S. 1894.145 ; G. P. 94.I.207 ; J. S. 1895.433.

(5) D. P. 70.I.67.

(6) S. 62.I.133 ; D. P. 62.I.128 (S. C.).

(7) D. P. 77.II.30 ; R. S. 77.II.263 (S. C.).

(8) D. P. 79.I.281 ; S. 79.I.217 (S. C.).

(9) D. P. 90.I.414 ; S. 90.I.9 ; P. F. 90.I.201 ; G. P. 89.II.388 ; J. S. 1889.435 (S. C.).

(10) R. S. 1899.69.

(11) R. S. 1899.69.

(12) J. S. 1906.423.

(13) R. S. 1922.213 ; J. S. 1923.338.

(14) D. P. 69.I.351 (S. C.).

acquis à l'aide d'une comptabilité fausse, ils n'ont connu ni pu connaître la gestion abusive du gérant... ».

**152.** — En jugeant ainsi, la Cour de Cassation a bien fait ressortir l'élément principal qui engage la responsabilité des commissaires aux comptes : la négligence dans l'exécution de leur mission. Peu importe la bonne foi prétendue du commissaire, le fait d'avoir agi négligemment ou avec une légèreté blâmable suffit pour engendrer la responsabilité. La Cour de Douai a donc condamné avec juste raison, le 18 avril 1929 (1), deux commissaires aux comptes qui ont dû avouer avoir cédé à la demande d'un administrateur à la suite de son affirmation que ce n'était qu'une simple formalité et qu'il en a été ainsi pour eux puisque, en fait, tous deux se bornèrent à apposer leur signature au bas du rapport tout préparé et écrit à la machine à écrire, qui leur fut présenté.

**153.** — Dans le même ordre d'idées et *a fortiori*, la Cour d'Angers a pu déclarer le 5 juil. 1876 (2) que la responsabilité du commissaire est engagée en cas d'établissement d'un rapport tendancieux, sans intention aucune de nuire, et la Cass. civ. a confirmé cet arrêt le 12 fév. 1879 (3).

**154.** — Peu importe aussi, semble-t-il, que les commissaires aient cru devoir se taire vis-à-vis de l'assemblée générale dans l'intérêt même de la société, le motif désintéressé ne pouvant pas plus les disculper que la bonne foi. Cependant, la jurisprudence n'est pas aussi unanime qu'on pourrait le croire et les tribunaux ont bien souvent eu des hésitations pour déclarer engagée la responsabilité civile du commissaire en cas d'entière bonne foi.

Ils ont eu notamment tendance à considérer la bonne foi

---

(1) J. S. 1931.284 ; R. S. 1929.421.

(2) D. P. 77.II.30 ; S. 77.II.263 (S. C.)

(3) D. P. 79.I.281 ; S. 79.I.217 (S. C.).

comme élément de diminution de la responsabilité, si le commissaire figure lui-même parmi les victimes de la société. Lyon a ainsi jugé le 11 juil. 1873 (1) que l'intérêt personnel du commissaire qui se manifeste par sa qualité d'actionnaire, prouve sa bonne foi qui atténue sa responsabilité. Et le trib. com. de la Seine a dit le 6 janv. 1892 (2) « qu'il doit être tenu compte à l'actionnaire de bonne foi qui a intégralement versé le prix de ses 5 actions, soit 50.000 francs... de ces circonstances et d'arbitrer la part de responsabilité par lui encourue... ».

Bien entendu, si les pertes personnelles subies ne s'expliquent pas par la bonne foi, mais par la négligence du commissaire dans l'administration de ses propres affaires, la jurisprudence ne saurait pas les accueillir comme des excuses, bien au contraire.

**155.** — Nous estimons personnellement que la bonne foi ne devrait jamais être considérée comme un motif d'atténuation de la responsabilité du commissaire. La bonne foi est une condition normale dans l'exécution d'un mandat, et pas une chose exceptionnelle et méritante pouvant devenir un titre de référence pour le mandataire. Par contre, la mauvaise foi doit être un motif d'appréciation extrêmement rigoureuse de la responsabilité, et le commissaire coupable convaincu de mauvaise foi doit subir toute la portée de l'art. 1151 du code civil qui déclare que la faute commise de mauvaise foi étend la responsabilité du coupable aussi bien sur les conséquences prévisibles que sur les conséquences imprévisibles de la faute.

Nous rejetons donc la bonne foi comme élément d'atténuation de la responsabilité et nous ne sommes pas d'accord avec les jugements rendus en sens inverse. Pas davantage, nous ne sommes satisfaits de celui du trib. de com. de Saint-Etienne du 21 janvier 1937 qui déclare que les juges du fait sont inves-

---

(1) D. P. 74.II.209 ; S. 74.II.73 (S. C.).

(2) P. F. 92.II.345 ; P. J. 1892.323 (S. C.).



tis d'un libre pouvoir d'appréciation en ce qui concerne l'influence de la bonne foi du commissaire sur sa responsabilité.

**156.** — *B)* Depuis l'heureuse réforme de 1935, la mission de surveillance du commissaire est devenue permanente en ce qui concerne la vérification « des livres, de la caisse, du portefeuille et des valeurs de la société ». Il sera donc mal venu de plaider pour excuse d'une négligence le manque de temps ou les difficultés de sa tâche. Sous l'ancien régime, il n'en était pas de même, car par suite de la combinaison des anciens articles 33, 34 et 35 de la loi, le commissaire aux comptes ne disposait que de deux mois et demi pour la vérification générale et de vingt-cinq jours pour le contrôle du bilan et des inventaires.

Aussi la Cour de Cass. Ch. d. requ. a déclaré le 3 janv. 1900 (1) que le manque de temps pour rédiger le rapport peut être pris en considération par les tribunaux pour apprécier avec moins de sévérité la responsabilité du commissaire. Tel n'était cependant point l'avis de la Cour de Lyon qui jugea le 1<sup>er</sup> mars 1904 (2) que le manque de temps pour rédiger le rapport n'est pas une cause d'atténuation de la responsabilité du commissaire.

Quoi qu'il en soit, la question ne se pose plus pour la vérification générale des livres et des comptes et même pas d'abord pour celle des inventaires et du bilan, bien que la réforme de 1935 n'ait pas touché aux anciens délais concernant le bilan. Mais il nous semble que les vingt-cinq jours minimum garantis au commissaire par le jeu des articles 34 et 35 nouveaux pour s'acquitter de ce travail sont raisonnablement suffisants s'il a pris la précaution de procéder à la vérification générale des comptes au fur et à mesure de leur établissement durant l'exercice écoulé.

**157.** — Il n'en est pas de même pour cette partie de son mandat qui concerne « ...l'exactitude des informations don-

---

(1) J. S. 1900.264 ; D. P. 1900.I.289.

(2) J. S. 1906.159.

nées sur les comptes de la société dans le rapport du conseil d'administration ».

En effet, le décret-loi du 8 août 1935 a complètement omis d'assurer au commissaire un délai minimum pour faire le travail prescrit par la nouvelle rédaction de l'art. 32. Car, si le conseil est obligé, d'après le *nouvel. art. 34*, d'établir chaque année « *un rapport aux actionnaires sur la marche de la société pendant l'exercice écoulé* », aucun délai n'est imparti au conseil pour la confection de ce rapport si ce n'est celui qui résulte de l'obligation de l'*art. 35* nouveau de tenir tous les documents qui doivent être communiqués à l'assemblée « *à la disposition des actionnaires au siège social, quinze jours au moins avant la date de l'assemblée* ».

Or, ces quinze jours concernent le rapport du conseil d'administration aussi bien que celui du commissaire, ce qui veut dire que ce dernier ne dispose légalement d'aucun délai pour faire son travail de contrôle relatif aux informations données sur les comptes de la société par le conseil.

**158.** — Cependant il faut déduire en face des prescriptions formelles de la loi que le conseil d'administration est obligé de fournir au commissaire les éléments de son rapport aussitôt que ce rapport est établi, et assez tôt pour que le commissaire puisse vérifier ce document et donner son opinion. Nous concluons avec M. Tchernoff (suppl., p. 5) que, si le délai de quarante jours avant l'assemblée n'est pas de rigueur pour le rapport du conseil, la communication de cette pièce au commissaire en temps utile est impérative.

Si le conseil s'en abstient, le commissaire doit réclamer communication du rapport du conseil dans un délai raisonnable avant la date à laquelle lui-même est tenu de déposer son rapport (Bosvieux, J.S. 1936, p. 28). Une docilité excessive du commissaire laissera entière sa responsabilité à ce sujet; il ne pourra pas la dégager par une réserve vague et discrète sur le temps insuffisant dont il disposait pour examiner les déclai-

rations du conseil, mais seulement par une protestation formelle contenue dans son rapport, qui met l'assemblée clairement au courant de son conflit avec le conseil.

**159.** — Une dernière question peut se poser au sujet de la diligence réclamée du commissaire aux comptes. Cette diligence, au lieu de résulter du fait des hommes, peut devenir nécessaire par cas de force majeure. Il en sera par exemple ainsi en cas de décès du commissaire entre le 40<sup>e</sup> et le 15<sup>e</sup> jour précédant l'assemblée générale. Le commissaire suppléant devra alors intervenir et accomplir le mandat de contrôle dans des délais extrêmement courts, sous peine d'obliger le conseil d'administration à reporter la réunion de l'assemblée générale à une date ultérieure. Le rôle du commissaire suppléant devient donc extrêmement délicat dans ce cas.

**160.** — Si l'efficacité du contrôle a dû s'en ressentir, nous estimons qu'il doit rendre compte aux actionnaires des circonstances exceptionnelles dans lesquelles il a dû opérer. Toutefois, ce compte rendu ne peut valoir que vis-à-vis du mandant, c'est-à-dire de la société, mais non vis-à-vis des tiers qui n'ont pas accès à l'assemblée générale et qui ont le droit d'ignorer le contenu du rapport du commissaire.

Il nous semble néanmoins que la responsabilité du commissaire suppléant devenu commissaire principal n'est engagée, même vis-à-vis de ces tiers, que dans la mesure où il a agi avec négligence ou imprudence, compte tenu du délai insuffisant qui lui était accordé par les faits pour remplir sa mission.

Par contre, nous ne croyons pas que le commissaire décédé soit purement et simplement dégagé de toute responsabilité civile du fait de sa mort, responsabilité qui peut rejaillir pécuniairement sur la fortune qu'il a laissée et sur celle de ses héritiers. Car depuis que la réforme de 1935 a consacré la permanence du contrôle des commissaires, le défunt est censé avoir procédé aux vérifications courantes et il a le devoir d'as-

surser la transmission de ses observations à son successeur éventuel.

Ce moyen de transmission consiste très simplement dans des notes recueillies au dossier de vérification, tenues d'une façon suffisamment claire et explicite et transmissibles au successeur. Il consiste également dans les communications verbales ou écrites que le commissaire en titre doit faire confidentiellement au commissaire suppléant en vue d'associer ce dernier en quelque sorte théoriquement à son travail pour pouvoir parer en son âme et conscience à toute éventualité.

Ainsi comprise, la responsabilité éventuelle de chaque commissaire est bien déterminée et le commissaire suppléant ne risque pas de se voir poursuivi pour des fautes qui sont imputables à son prédécesseur.

**161.** — C) La diligence réclamée du commissaire, dont nous venons d'étudier la répercussion sur sa responsabilité, est voisine d'une autre question que nous aurons à aborder maintenant, celle de l'insuffisance des moyens de contrôle dont dispose le commissaire. Cette insuffisance peut être purement matérielle : comptabilité très mal tenue et en désordre, rendant difficile, sinon impossible, tout contrôle sérieux, mauvaise volonté apportée par les administrateurs dans la production des livres et des justifications allant jusqu'aux dissimulations et artifices.

**162.** — Ces difficultés ont été d'autant plus de nature à être retenues par les tribunaux comme cause d'atténuation, que le délai insuffisant de vingt-cinq jours, dont disposait le commissaire sous l'ancien régime, ne permettait pas facilement à ce dernier d'y faire face. Aussi, la Cour de Lyon a jugé le 12 août 1884 (1) que, pour apprécier la responsabilité des commissaires aux comptes, il convient de tenir compte de la dif-

---

(1) J. S. 1885.57 ; R. S. 1885.167.



ficulté de leur tâche, des dissimulations et artifices employés pour les tromper et de l'insuffisance des procédés de vérification dont ils disposent. En même temps, le trib. civ. de la Seine disait (8 janvier 1886) (1) « ...il convient de lui tenir compte de son entière bonne foi, des difficultés qu'il a pu éprouver dans ses vérifications, à raison de la tenue irrégulière des livres, de l'habileté et de la mauvaise foi du directeur ». Dans le même sens, se sont prononcées les Cours de Lyon le 11 juillet 1873 (2) et d'Orléans le 30 juil. 1881 (3), ainsi que Cass. civ. le 19 mai 1903 (4).

**163.** — Aujourd'hui, où le rôle du commissaire est devenu permanent, où dès le début de ses vérifications il peut constater le mauvais état de la comptabilité et le mauvais vouloir du conseil d'administration, l'argument invoqué perd certainement une forte partie de sa valeur. Le commissaire est le mandataire non point du conseil, mais de la société elle-même; il est de plus chargé, d'après nous, d'une mission publique intéressant l'économie nationale.

Dans ces conditions, il est inadmissible que la négligence ou la mauvaise volonté des administrateurs puisse paralyser et tenir en échec l'activité du commissaire. Celui-ci a donc le devoir d'user de tous les moyens que la loi met à sa disposition, parmi lesquels nous voyons en cas de besoin la dénonciation au Procureur de la République, en vertu de l'art. 34 de la loi organique sur les sociétés anonymes et, en cas d'urgence, la convocation de l'assemblée générale des actionnaires en vertu du droit que lui confère le nouvel art. 32 de cette loi (V. N<sup>o</sup> 395 et svts).

**164.** — Quant à la dénonciation au Procureur de la République, nous l'estimons parfaitement recevable depuis que l'art. 2

---

(1) R. S. 1886 ; Loi 17 janv. 1886 ; J. S. 1886.778 (S. C.).

(2) D. P. 74.II.209 ; R. S. 74.II.73 (S. C.).

(3) D. P. 82.II.121 ; R. S. 83.II.29 ; J. S. 1884.618 (S. C.).

(4) S. 05.I.221 ; P. F. 05.I.32 ; G. P. 03.I.716 ; D. P. 06.I.63 ; J. S. 1904.486.

d'un décret-loi du 8 août 1935 a érigé en délit formel la tenue irrégulière des livres de la société, laquelle ne constituait auparavant qu'un délit facultatif de banqueroute en vertu de l'article 586 du Code de commerce.

**165.** — En tout cas, si les difficultés rencontrées par le commissaire dans l'exécution de sa mission ne devaient avoir ni le caractère délictuel justifiant la dénonciation au Procureur, ni l'urgence exigeant l'appel à l'assemblée générale, le commissaire ferait bien de fixer par correspondance recommandée la situation qu'il a trouvée, en protestant énergiquement. Il aurait alors le devoir d'en rendre compte à l'assemblée, en refusant le renouvellement d'un mandat si l'assemblée ne prenait pas du même coup les décisions nécessaires en vue de l'exécution normale de la mission du commissaire aux comptes.

**166.** — Mais les difficultés dans l'exécution de sa mission ne proviennent pas toujours des administrateurs : elles peuvent être inhérentes à la personne du commissaire lui-même. Tel est le cas si, au moins sous l'ancien régime, le commissaire a été un employé ou une personne indirectement subordonnée à l'administrateur délégué. Bien entendu, il n'en peut plus être de même depuis que l'art. 33 de la loi de 1867 fut modifié par la réforme du 8 août 1935. Mais le cas s'est présenté assez fréquemment sous l'empire de l'ancien régime et il nous suffit de rappeler combien de fois le chef comptable d'une entreprise mère assurait le commissariat dans des sociétés filiales, dans le conseil d'administration desquelles les directeurs de la société dominante se trouvaient comme représentants. Ces pratiques n'avaient rien d'illégales et se justifiaient par des considérations économiques. Mais il va de soi que la liberté d'appréciation du commissaire a été ainsi très fortement réduite et ce dernier, au lieu d'être le représentant de l'intérêt général, ne devenait que le délégué d'un groupement.

Les tribunaux civils et Cours n'ont pas eu souvent l'occasion

de faire connaître leur manière de voir au sujet de ces situations hybrides. Nous relevons un jugement du trib. corr. de la Seine du 5 mai 1928 (1) disant qu'il y a lieu de noter une atténuation appréciable de la responsabilité du commissaire qui a eu le tort de sous-estimer sa fonction et de croire, en sa qualité d'employé subalterne, qu'il ne pouvait qu'approuver au lieu de les contrôler les comptes soumis à sa vérification. Ceci n'a pas empêché de condamner finalement le commissaire, puisqu'il a dû reconnaître que la situation précaire de la société lui était connue. La chambre crim. a confirmé le 31 mars 1933 (2) ce jugement correctionnel, en disant qu'il importait peu que sa responsabilité fût atténuée par l'insuffisance de sa documentation et par le fait qu'il avait eu le tort de considérer sa situation comme celle d'un employé subalterne, du moment qu'il avait aidé et assisté avec connaissance les auteurs du délit.

**167.** — Tel est encore le cas d'un commissaire qui ne peut pas remplir intégralement sa mission par suite d'éloignement ou de maladie grave. La Cour de Paris, par son arrêt du 9 août 1904 (3), a exonéré de toute responsabilité le commissaire se trouvant dans ce cas. La doctrine approuve, d'ailleurs, cette manière de voir. (Conf. Houpin et Bosvieux, t. 2, N° 1115; Lisbonne, N° 208).

Par contre, si l'éloignement du commissaire est dû à un fait volontaire de lui, si, par exemple, il s'est mis lui-même, par ses fréquents voyages et absences, dans l'impossibilité de remplir effectivement et utilement sa mission, il commet une faute grave et sa responsabilité ne saurait être atténuée par ces faits. Quand on ne peut pas remplir une mission, il ne faut pas l'accepter ; quand on l'a acceptée, il ne faut pas se charger d'une autre tâche incompatible avec la première ou il faut s'en démettre, si faire se peut.

---

(1) R. S. 1928.385.

(2) J. S. 1933.529.

(3) J. S. 1905.200 (S. C.).

**168.** — Il nous reste à préciser un dernier point au sujet de la difficulté qu'un commissaire peut éprouver dans l'accomplissement de sa mission et c'est le plus important. Cette mission, dans les grandes entreprises, est tellement large que fréquemment le commissaire est dans l'impossibilité matérielle de la remplir entièrement. C'est un fait indéniable, même si l'on reconnaît avec M. Solus (N° 260) qu'il ne faut pas interpréter à la lettre le texte du décret-loi en faisant une obligation au commissaire d'accomplir intégralement et dans toute leur plénitude chacune des opérations prescrites par l'art. 32, alinéa 1<sup>er</sup> nouveau. Il ne se trouverait pas, dans ce cas, un seul commissaire honnête, disposé à accepter pareille tâche dans une société importante et à s'exposer aux responsabilités qu'elle comporte.

Nous ne croyons pas non plus à l'efficacité absolue du remède que propose M. Tchernoff (suppl. p. 36) en disant que, si un commissaire ne peut pas se charger d'une tâche aussi importante, il en résultera simplement que la société aura à désigner un nombre de commissaires suffisant qui, se répartissant la tâche, pourront l'accomplir efficacement. Nous avouons en toute sincérité que nous ne voyons pas bien fonctionner le collège des commissaires pour « vérifier les livres, la caisse, le portefeuille et les valeurs de la société, de contrôler la régularité et la sincérité des inventaires et des bilans » (art. 32 de la loi) d'une entreprise comme le Crédit Lyonnais ou les usines Citroën, par exemple.

Dans la dure nécessité de compter avec les possibilités matérielles et humaines, nous croyons que la jurisprudence restera toujours obligée d'en tenir compte en proportionnant les degrés de la responsabilité et de la faire dominer par la recherche du manque de conscience éventuel que le commissaire aurait apporté à l'accomplissement de sa mission dans les limites matérielles de son pouvoir.

**169.** — *D)* Nous arrivons maintenant à une question très



fortement controversée en jurisprudence et en doctrine, à savoir celle de l'influence de l'insuffisance de la rémunération du commissaire sur sa responsabilité.

La gratuité du mandat, a dit la Cour d'Orléans le 27 fév. 1904 (1), n'atténue pas la responsabilité du commissaire, et le 27 juil. 1930 (2) la Chambre des Requ. s'est prononcée dans le même sens. Plus récemment encore, et dans un arrêt qui a retenu l'attention, la Cour de Paris a décidé le 8 mars 1932 (3) : le commissaire aux comptes, dès lors qu'il a accepté le mandat à lui confié par les actionnaires de les renseigner, et quelle que soit la modicité de sa rémunération, ne doit pas se borner à une simple vérification de la matérialité des écritures ; il a l'obligation d'examiner l'ensemble de la situation, de rechercher la vérité et de dénoncer, au besoin, les habilités commerciales qui tendraient à dissimuler l'état réel des affaires sociales.

Mais d'autres fois, la jurisprudence tient compte de la médiocrité des honoraires et nous pouvons citer toute une série de jugements et d'arrêts rendus en ce sens, à savoir : Colmar, 3 juin 1869 (4), Cass. requ. 13 janv. 1869 (5), Cass. civ. 4 juin 1883 (6), Trib. civ. Nantes 26 juin 1886 (7), Lyon 26 mai 1887 (8), Rennes 8 déc. 1887 (9), Trib. civ. Agen 16 janv. 1904 (10), Agen 9 mai 1904 (11), Lyon 10 nov. 1921 (12), Rennes 12 nov. 1935 (13), Tous ces jugements et arrêts ont déclaré que l'insuffisance ou la gratuité du mandat sont susceptibles, dans une certaine

---

(1) D. P. 05.II.337 ; G. P. 04.I.749 ; J. S. 1905.304 (S. C.).

(2) R. S. 1932.11.

(3) G. P. 32.I.125 ; J. S. 1934.304 ; S. 34.II.84 ; D. H. 1932.225.

(4) D. P. 69.II.171 (S. C.).

(5) D. P. 70.I.67.

(6) D. P. 83.I.385 ; S. 84.I.113 ; G. P. 84.I.240 ; R. S. 1883.589 ; J. S. 1884.313.

(7) Rec. de Nantes 1886.I.228 ; J. S. 1889.93.

(8) M. J. Lyon, 18 juin 1887 ; J. S. 1889.326.

(9) Rec. de Nantes 1887.I.400.

(10) S. 06.II.289.

(11) S. 06.II.289.

(12) J. S. 1923.338 ; R. S. 1922.213.

(13) Anot. jur. 1937.78.

mesure, non point de dégager complètement la responsabilité du commissaire, mais de l'atténuer, conformément à la prescription de l'art. 1.992 (V. N<sup>o</sup> 171) du Code civil.

**170.** — La doctrine elle-même est hésitante au sujet de l'application de cette atténuation de la responsabilité du commissaire qui paraît répondre à une règle d'équité et de bon sens, mais qui est difficile à justifier en droit et va à l'encontre de l'esprit du contrôle tel qu'il a été voulu par le législateur. MM. Pont (N<sup>o</sup> 1.696), Goiraud (N<sup>o</sup> 616), Houpin et Bosvieux (t. 2, N<sup>o</sup> 1.115) se prononcent dans un sens favorable ainsi que Copper-Royer qui dit (t. 4, p. 293) : « Le commissaire n'est pas tenu de procéder à une expertise approfondie ; on peut dire que cela n'est pas dans les usages ; on peut ajouter que telle ne paraît pas avoir été la volonté des parties mandantes qui, en fixant généralement la rémunération extrêmement modeste, ont manifesté la volonté de ne voir procéder qu'à un travail superficiel d'ordre comptable, ne comportant pas une révision entière et des comptes et des opérations sociales dont ces comptes sont l'aboutissement ».

**171.** — Il nous semble que la solution du problème est tout indiquée. Il ne s'agit pas plus d'exclure purement et simplement cette atténuation de la responsabilité que de l'ériger en principe absolu.

D'une part, les commissaires aux comptes agissent comme mandataires de la société et le texte de l'art. 43 précise que « *l'étendue et les effets de la responsabilité des commissaires envers la société sont déterminés d'après les règles générales du mandat.* » Il faut donc appliquer ces règles. Or, l'art. 1.992 règle la responsabilité des mandataires et précise, après avoir établi le principe de base, que la responsabilité « *est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire.* »

La règle légale est donc impérativement fixée et s'impose aux

juges en cas de gratuité du mandat et, si on ne veut pas jouer sur les mots, en cas de demi-gratuité ou rémunération notablement insuffisante. Nous nous rallions donc entièrement à la théorie citée plus haut de M. Copper-Royer (V. N° 170). En fixant une rémunération extrêmement modeste, l'assemblée générale manifeste bien le peu d'importance qu'elle attribue au travail de vérification du commissaire et elle excuse d'avance par son imprudence les fautes éventuelles de celui-ci. Elle en a, si nous osons nous exprimer ainsi, pour son argent.

**172.** — Mais, et voici le grand mais, ce raisonnement n'est valable que vis-à-vis de la société et pas vis-à-vis des tiers. L'art. 43 le dit expressément par les mots : « ...envers la société... » et consacre ainsi un principe qui ne serait imposé même en absence de tout texte légal. L'insuffisance de la rémunération peut jouer comme élément d'atténuation de la responsabilité contractuelle, mais pas de la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle basée sur l'art. 1.382 du Code civil. La Cour d'Angers a donc eu tort d'invoquer dans son arrêt du 10 mars 1875 (1) l'art. 1.992 cité plus haut (V. N° 171), dans un cas de responsabilité délictuelle du commissaire, comme la Chambre des Requ. a eu tort de ratifier le 8 mars 1876 (2) cette erreur d'application.

**173.** — Tout au plus pourrait-on se demander si la société n'était pas fondée à introduire une action contre son commissaire en se prévalant, non point de sa qualité de mandant, mais de la qualité de lésé au sens de l'art. 1.382. C'est la question de l'option entre les deux actions contractuelle et délictuelle, qui sera traité plus loin au titre sixième de cette étude (V. N° 506 et svts.). Disons dès maintenant, que nous contestons à la société cette faculté d'option sous peine de vider complètement de sa portée pratique, l'article 43 de la loi de 1867 qui

---

(1) D. P. 76.II.14 (S. C.).

(2) 76.I.409 ; D. P. 77.I.168 (S. C.).

fixe et limite l'étendue et les effets de la responsabilité des commissaires envers la société « ... d'après les règles générales du mandat ».

174. — Dans ces conditions, nous estimons que l'influence de la gratuité ou l'insuffisance de la rémunération doit être retenue en matière d'action contractuelle où elle s'impose ; mais l'argument est à écarter avec force si l'action, intentée par des tiers, se base sur l'art. 1.382 du Code civil. S'il en était autrement, si les commissaires pouvaient exciper, pour voir s'atténuer ou même s'évanouir la responsabilité civile de leurs fautes, de la faible importance de leurs émoluments, toute l'heureuse réforme de 1935, toute l'extention de leur mission et de leurs pouvoirs resterait lettre morte en partie, et tout l'édifice de contrôle si laborieusement échafaudé se trouverait sapé et ruiné dans la plupart des cas.

175. — E) Nous devons maintenant examiner un autre élément qui a été parfois invoqué pour atténuer dans une certaine mesure la responsabilité des commissaires : l'incapacité professionnelle de remplir la mission confiée. Nous avons déjà dit plus haut (V. N<sup>o</sup> 101) qu'il y a faute, à notre sens, d'accepter un mandat si l'on n'est pas à même de le remplir convenablement, et ce fait devrait plutôt être une aggravation de la responsabilité qu'une excuse, même quand c'est moralement contraint qu'on a accepté le mandat.

Le Trib. civ. de la Seine a donc bien jugé, à notre avis, en écartant le 8 jan. 1886 (1) l'excuse d'ignorance et d'incapacité présentée par un commissaire. Il en est de même de la Cour de Lyon qui dit dans son arrêt du 20 avril 1932 (2), en parlant du commissaire aux comptes, que « ... son plus impérieux devoir, s'il ne se sent pas capable de s'en acquitter (de sa mission) alors surtout que la fortune d'autrui en dépend, est de ne point l'accepter ».

---

(1) R. S. 86.166 ; Loi 17 janv. 1886 ; J. S. 1886.778 (S. C.).

(2) J. S. 1932.583 ; D. H. Suppl. 1933, p. 8 (S. C.).



**176.** — Et cependant les juges ont déjà tenu compte de l'incapacité du commissaire en y voyant une preuve de sa bonne foi. C'est ainsi que le Trib. de com. de Vervins a jugé le 3 fév. 1891 (1) que l'inaptitude qualifiée à remplir leurs fonctions est de nature à diminuer la responsabilité des commissaires. La Cour d'Amiens a confirmé cette manière de voir le 20 nov. 1891 (1). La Cour de Rouen a déclaré également le 26 avr. 1911 (2) que l'inexpérience du censeur est une cause d'atténuation de sa responsabilité.

**177.** — Nous avons également déjà établi plus haut (V. N<sup>o</sup> 155) qu'à notre avis la bonne foi n'est pas un facteur diminuant la responsabilité. Peu importe donc, selon nous, qu'on veuille voir dans l'incompétence du commissaire la preuve de sa bonne foi ; sa responsabilité doit rester pleine et entière.

**178.** — Toutefois, nous sommes enclins à accepter un correctif important à cette règle de base. Nous n'oublions pas que le commissaire se trouve vis-à-vis de la société dans la position juridique d'un mandataire et que l'art. 43 de la loi de 1867 fixe et limite sa responsabilité d'après les règles générales du mandat. Il nous semble, par conséquent, que le mandant, c'est-à-dire la société, commet une faute dans le choix de son commissaire s'il confie cette mission délicate, qui exige des connaissances techniques spéciales et approfondies en matière de comptabilité et de droit commercial, à une personne notoirement incapable et non qualifiée. Ne serait-elle pas mal venue de réclamer des dommages-intérêts à son mandataire si elle avait connu d'avance l'incompétence de ce dernier en matière de censoriat ?

Mais en dehors de cette seule et unique exception qui ne concerne que la responsabilité contractuelle en cas de nomi-

---

(1) D. P. 92.II.545, R. Amiens 1892.141.

(2) R. Rouen 1911.186 ; J. S. 1913.128.

nation d'une personne notoirement incapable ou incompétente, l'excuse que nous étudions ici ne saurait être invoquée pour diminuer en quoi que ce soit la responsabilité civile des commissaires aux comptes.

**179.** — *F)* Enfin, il faut nous demander quelle peut être la valeur juridique d'une clause insérée dans les statuts ou dans la décision d'une assemblée générale désignant le commissaire aux comptes, et tendant à exonérer ou à diminuer la responsabilité civile de ce dernier.

Une chose est absolument certaine : cette clause n'aurait aucune valeur vis-à-vis des tiers et sur toute action basée sur l'art. 1.382 du Code civil, étant du domaine purement contractuel.

**180.** — Mais quelle solution adopter vis-à-vis de la société ? N'oublions pas que les relations de la société et du commissaire sont celles de mandant à mandataire. Or, il est certain que le mandant peut exonérer le mandataire de toute responsabilité sous condition qu'aucun texte de la loi ne le défende expressément ou implicitement, comme en matière de transport par rail, par exemple.

En effet, la responsabilité est une sanction civile édictée pour dédommager la victime d'une faute ; elle est donc en principe d'intérêt purement civil et le bénéficiaire peut, au moins d'après la jurisprudence dominante, y renoncer partiellement ou entièrement. Il n'y a pas de doute que l'art. 43 de la loi du 24 juillet 1867 a fixé l'étendue et les effets de la responsabilité des commissaires d'après les règles générales du mandat dans l'intérêt même de la société. Aucun autre intérêt n'est en jeu, puisque celui des tiers est protégé d'une façon plus large par l'art. 1.382 du Code civil. En effet, on ne peut concevoir aucune application de l'art. 43 pour une faute du commissaire, qui n'ouvrirait pas en même temps l'action basée sur l'art. 1.382 si des tiers y sont intéressés. Il nous semble

donc qu'une clause d'exonération ou de limitation de la responsabilité civile du commissaire serait opposable à la société, mais à elle seule.

**181.** — Toutefois, pour que cette clause puisse produire cet effet, il faut qu'elle soit, ou bien insérée dans les statuts, ou votée par l'unanimité des actionnaires de la société lors de la nomination du commissaire par l'assemblée générale ordinaire, ou par la majorité requise et selon le procédé imposé pour opérer un changement des statuts par une assemblée générale extraordinaire.

Nous pensons, en effet, que la loi de 1867 contient un certain nombre d'articles qui régissent soit impérieusement sans changement possible, soit implicitement avec modification autorisée sous certaines conditions, le fonctionnement des sociétés anonymes.

Parmi ces derniers articles se trouve à notre avis l'article 43 sur la responsabilité civile des commissaires. Point n'est besoin qu'il soit reproduit dans les statuts de la société. Il en fait implicitement partie et tous les actionnaires de la première heure aussi bien que les nouveaux arrivés, sont en droit de considérer la prescription de l'art. 43 comme une de celles qui forment la base de fonctionnement, c'est-à-dire le statut de la société. Pour y porter atteinte, il faut donc procéder selon les règles impérieuses qui régissent la modification des statuts.

**182.** — Si nous inclinons à croire, en vertu des considérations qui précèdent, que le commissaire puisse être exonéré entièrement ou partiellement de sa responsabilité civile vis-à-vis de la société, nous précisons que cette limitation doit résulter directement d'une modification des conditions d'application de l'art. 43 précité, mais pas indirectement d'une diminution conventionnelle des attributions du commissaire fixées par l'art. 32 de la loi de 1867. Ces attributions ne sont pas édictées par la loi dans l'intérêt des actionnaires formant

société, mais dans l'intérêt de l'institution même qui est la société anonyme et de son bon fonctionnement général. Les prescriptions de l'art. 32 sont d'ordre public, celles de l'art. 43 d'intérêt privé.

C'est pourquoi nous estimons que les premiers sont modifiables par accord conventionnel des intéressés tandis que les seconds ne le sont point.

**183.** — § 2. — S'il existe, comme nous l'avons vu, des cas où les Cours et Tribunaux peuvent être enclins à diminuer la responsabilité civile des commissaires en laissant ainsi une partie du préjudice causé à la charge de la victime, il existe également d'après certains auteurs et la jurisprudence, des cas d'aggravation de cette responsabilité.

Personnellement, nous ne le croyons pas. Car, si la responsabilité civile est la réparation du préjudice causé, on peut bien concevoir en droit une réparation insuffisante comme celle qui doit fort naturellement être prescrite si la victime partage la faute par son imprudence ou sa propre négligence, mais on ne peut pas entrevoir une réparation qui aille au delà du préjudice, c'est-à-dire une responsabilité aggravée. Il ne peut donc pas y avoir des éléments d'aggravation.

**184.** — Par contre, la responsabilité peut devenir plus étendue, ce qui n'est pas la même chose. Elle peut ainsi porter, non seulement sur les conséquences directes et prévisibles, mais également sur la suite indirecte et imprévisible de la faute, et il en est notamment ainsi en matière délictuelle s'il y a dol ou faute lourde. Nous aurons à nous en occuper en parlant plus loin (V. N<sup>os</sup> 195 svts) du préjudice causé et de l'étendue de la réparation civile.

**185.** — Sous réserve de ce qui vient d'être dit, nous passons en revue rapidement les éléments qui ont été envisagés comme pouvant aggraver la responsabilité du commissaire ou, comme



nous aimerions à dire, comme pouvant écarter toute considération susceptible de la diminuer, afin de l'appliquer pleinement avec toute la rigueur de la loi.

Bien que la distinction des divers contracts ne soit plus, quant à la responsabilité qui en découle, aussi stricte que celle du Droit romain, M. Lisbonne pense (N<sup>o</sup> 191) que certains contrats exigent de leur signataire une observation plus stricte des obligations auxquelles ils les astreignent. La responsabilité pourrait être ainsi éventuellement plus lourdement appréciée si la société à contrôler est particulièrement intéressante pour mériter la protection légale, par exemple s'il s'agit d'une caisse de petits épargnants, d'une société anonyme à participation ouvrière ou d'une entreprise semi-philanthropique, malgré son caractère commercial.

**186.** — La responsabilité civile pourra être aggravée également si les conditions d'exercice du mandat imposent au commissaire une vigilance particulière. Tel sera le cas, s'il a succédé à un commissaire qui a demandé à ne pas être réélu, en protestant contre les pratiques des administrateurs. Tel sera encore le cas si l'indignité notoire des administrateurs exige du commissaire un redoublement de contrôle et d'attention, ou si la personnalité du commissaire a été spécialement choisie par les actionnaires en considérant sa compétence technique incontestable et s'il a été néanmoins défaillant dans l'exercice de sa mission.

**187.** — Une prétendue aggravation de la responsabilité peut également résulter d'autres circonstances, par exemple, lorsque le commissaire est chargé par les statuts d'une mission plus étendue que celle qui lui incombe par la loi. La question a eu un intérêt fort pratique avant la réforme de 1935, notamment lorsque les statuts conféraient au commissaire le pouvoir de vérification permanente. Aussi, la Cour de Paris a pu dire le

9 juil. 1886 (1) que la responsabilité des commissaires est envisagée d'une manière plus étroite si les statuts étendent au delà des limites tracées par la loi de 1867, les pouvoirs dont ils disposent pour remplir leurs fonctions. Citons encore un arrêt du Trib. civ. Seine du 4 juil. 1890 (2) qui apprécie plus strictement la responsabilité d'un commissaire lorsqu'il possède, en vertu des statuts sociaux, un pouvoir absolu d'examen, de vérification et de contrôle.

**188.** — On peut se demander, si une telle clause statutaire élargissant la responsabilité du commissaire, peut être invoquée non seulement par la société, mais également par tout tiers intéressé. On a dit en faveur d'une solution affirmative, que les statuts étaient un document légalement public et que tout le monde avait donc le droit d'attendre du commissaire aux comptes une diligence toute particulière.

Nous ne partageons pas cette façon de voir. Tout d'abord, les statuts, dans leur ensemble, ne sont pas un document public car certaines mentions seules sont l'objet d'une publication et d'une inscription obligatoire au registre du commerce (lois du 8 mars 1919 et du 1<sup>er</sup> juin 1923).

Mais ensuite, et avant tout, nous nous sommes toujours refusés à mélanger la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle. Seule, la société peut se prévaloir de la première. Par conséquent, il faut décider avec l'art. 1.165 du Code civil, que les contrats entre particuliers ne peuvent ni nuire, ni profiter aux tiers.

**189.** — Il faut donc constater que, d'une façon générale, la jurisprudence n'a pas manifesté le désir d'aggraver la responsabilité des commissaires, d'abord, nous semble-t-il, pour le motif que nous avons exposé plus haut qui nous fait considérer

---

(1) S. 87.II.262.

(2) R. S. 1890.432 ; J. S. 1892.291.

une aggravation comme une hérésie juridique, et ensuite, sans doute, pour ne pas accabler injustement des agents modestes à qui la loi et la coutume avaient donné des pouvoirs trop faibles pour les obligations qui leur étaient assignées.

## CHAPITRE QUATRIEME

## Préjudice causé et étendue de la réparation civile

**190.** — § 1. — Pour que la responsabilité civile puisse être invoquée, il faut de toute évidence que le demandeur allègue et prouve l'existence d'un dommage subi. La responsabilité civile étant toute réparatrice, il n'y a pas d'action en responsabilité en dehors d'un préjudice à réparer. La Cour de Cassation a bien déclaré le 24 avril 1867 (1) que le préjudice est la condition de responsabilité du commissaire et plus récemment, le 8 mars 1932 (2), elle a dit : « Considérant que les critiques qui doivent être retenues contre le commissaire aux comptes ne sauraient toutefois suffire à justifier les demandes de dommages-intérêts dirigées contre lui ; qu'il n'apparaît pas, en effet, que les fautes de l'intimé aient causé à l'un ou à l'autre des appelants un préjudice sérieux et appréciable... » et elle a rejeté l'appel en cassation tendant à annuler l'arrêt qui avait déclaré non-responsable un commissaire aux comptes pour absence de préjudice causé, bien qu'il eût agi avec négligence manifeste.

**191.** — Il est également évident qu'il appartient au demandeur d'apporter la preuve du préjudice subi. La Chambre des Requ. a jugé le 17 mai 1876 (3) que « la preuve de l'existence et de l'importance du préjudice incombe aux créanciers ou à la société demanderesse en réparation ».

---

(1) D. P. 67.I.379 (S. C.).

(2) G. P. 32.I.925 ; J. S. 1934.304 ; D. H. 1932.225 ; S. 34.II.84.

(3) D. P. 76.I.471 (S. C.).



**192.** — Toujours en vertu des règles générales en matière de responsabilité, des réparations peuvent être réclamées aussi bien lorsqu'il s'agit d'un préjudice matériel que d'un préjudice moral, mais dans ce dernier cas, le chiffre des réparations, manquant de base d'appréciation positive, est fatalement arbitraire. Du reste, nous ne voyons pas de quelle façon un préjudice moral peut être invoqué en matière de responsabilité du commissaire aux comptes.

**193.** — Par ailleurs, l'auteur d'un dommage causé dans l'exécution d'une obligation contractuelle n'est pas responsable uniquement vis-à-vis des créanciers directs, mais également, aux termes de l'art. 1.122 du Code civil, vis-à-vis des héritiers et ayants cause qui sont les créanciers chirographaires ou des créanciers en vertu de l'action oblique (art. 1.166) et vis-à-vis des héritiers à titre universel qui ont accepté la succession. Quant à la responsabilité délictuelle, le commissaire répond non seulement des dommages que sa faute a pu causer à la victime directe, mais également à des victimes plus lointaines.

**194.** — Mais en tout état de cause, l'étendue de la responsabilité des commissaires est essentiellement fondée sur le préjudice qu'ils ont causé à ceux qui les poursuivent en justice et ce préjudice est la mesure et la limite de la réparation civile qui peut leur être infligée (voir Besançon, 28 mai 1890 et dans la même affaire Cass. Req., 9 juillet 1891) (1).

A ce grand principe, nous ne connaissons qu'une seule exception, celle qui est édictée par le dernier alinéa de l'art. 15 de la loi modifiée du 24 juil. 1867 que nous avons critiqué plus haut (V. N° 124).

**195.** — § 2. — Il faut se demander ensuite quelle est l'étendue du préjudice réparable. Comprend-il non seulement le préjudice directement subi par la faute du commissaire, mais également les suites indirectes ?

---

(1) D. P. 94.I.73 (S. C.).

En ce qui concerne la responsabilité contractuelle, c'est-à-dire celle qui peut être invoquée par la société ou un groupe d'actionnaires agissant par l'action sociale (V. N° 509), la question est réglée par les art. 1150 et 1151 du code civil. Nous citons ces deux articles en entier :

« Art. 1150. — *Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée.* »

« Art. 1151. — *Dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre, à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention.* »

En d'autres termes, le commissaire n'est responsable que des suites directes prévisibles de sa faute limitées aux seules pertes subies, sauf en cas de dol où il répond des suites immédiates de sa faute aussi bien en ce qui concerne la perte subie que le gain manqué (*Lucrum cessans et damnum emergens*).

**196.** — En ce qui concerne la responsabilité délictuelle, la loi ne fixe pas de règles. Il est par ailleurs impossible de transporter les articles 1150 et 1151 dans le domaine délictuel sans texte formel, car outre qu'ils sont placés dans le titre troisième du III<sup>e</sup> livre du code civil qui est intitulé : « Des contrats ou des obligations conventionnelles en général », ces deux articles parlent dans leur texte même de contrat et de convention.

Par conséquent, en principe, l'auteur d'un délit civil répond de la totalité du préjudice subi, prévisible ou non, sous condition que ce préjudice soit dû d'une façon certaine à sa faute et ne serait pas arrivé sans cette dernière.

Par contre, en l'absence de tout texte, les limites du dommage subi ne peuvent pas être étendues au delà du préjudice

positif réel, ce qui veut dire que le commissaire n'est pas responsable, en matière délictuelle, du manque de gain.

**197.** — Cependant, dans la pratique, les tribunaux ont un pouvoir absolument arbitraire tant en matière contractuelle qu'en matière délictuelle, car on ne peut définir d'une façon certaine le préjudice direct et le préjudice indirect, faute de critérium. L'allocation de dommages-intérêts est une question de fait et le tribunal, sans le dire, peut allouer un préjudice indirect même en matière contractuelle. Toutefois, en aucun cas, le juge ne doit allouer une indemnité enrichissant le créancier, et il est de bonne justice que les juges tiennent compte des imprudences que la victime a commises elle-même.

Ainsi la Cour de Douai a jugé à bon droit le 30 mars 1905 (1) qu'il n'y a pas lieu d'adjuger des dommages-intérêts au capitaliste qui s'est rendu acquéreur d'actions à vil prix et dans un dessein de spéculation, alors que tout le monde savait que la société émettrice était en mauvaise posture.

**198.** — Par contre, si un rapport inexact du commissaire a induit un capitaliste à acquérir des titres sans valeur réelle, le commissaire pourra être condamné à rembourser le prix de ces titres et à les prendre à sa charge (Conf. Nancy, 3 août 1907) (2). Si l'acquéreur préfère garder les titres, il convient de l'indemniser de la baisse subie (Conf. Paris, 31 mai 1892) (3). S'il les a revendus avec perte, c'est cette perte qui doit être remboursée (Paris, 28 juin 1894) (4). Mais en aucun cas le capitaliste ne saurait en outre réclamer les gains qu'il aurait pu réaliser s'il avait investi ses capitaux dans une affaire fructueuse, car ce manque à gagner n'est pas, même dans le cas légalement le plus favorable, la conséquence d'un dol du commissaire en matière contractuelle, une suite directe et immédiate de la faute com-

---

(1) J. S. 1905.500 ; P. F. 05.II.260.

(2) J. S. 1908.396 ; G. P. 07.II.384 ; P. F. 07.II.348.

(3) D. P. 93.II.249 et la note de M. Pic.

(4) D. P. 95.II.523 ; G. P. 94.II.133 ; J. S. 1894.456.

mise (Conf. Douai, 30 mars 1905 (1); Nancy, 3 août 1907 (2); Trib. com. Avesnes, 14 mai 1891 (3). La Cour de Cassation avait proclamé dès le 4 mars 1867 (4) et a confirmé le 9 juil. 1891 (5) que la responsabilité du commissaire est limitée envers les créanciers à la conséquence directe des fautes.

199. — En face de cette jurisprudence solide et logique, nous ne comprenons pas que la Cour de Colmar ait retenu, dans son arrêt du 23 juin 1936 (6), un autre critérium de limitation de la réparation à imposer à un commissaire coupable de négligence. La Cour de Colmar, dans cet arrêt, a précisé que « les fautes commises par un commissaire aux comptes dans l'accomplissement de sa mission ne sauraient comporter pour lui des conséquences plus onéreuses que la compensation de sa dette de dommages-intérêts avec la créance qu'il a contre la société à raison de l'exécution de la dite mission ». Pour motiver son arrêt, la Cour de Colmar déclare que « la société, en n'allouant au commissaire comme honoraires qu'une somme annuelle de 1.000 francs, ne devait naturellement pas attendre de son commissaire un contrôle bien sérieux ».

Nous avons déjà dit plus haut (V. N° 169) que nous ne nions pas l'influence que peut avoir l'insuffisance notoire des honoraires alloués sur l'appréciation de la responsabilité contractuelle des commissaires, loin de là. Mais vouloir ériger le montant des honoraires en plafond de responsabilité est confondre singulièrement deux choses qui sont absolument différentes. Nous condamnons formellement cette façon de voir de la Cour de Colmar.

200. — § 3. — Il nous reste à examiner un dernier point, par ailleurs fort simple en théorie. Pour que le demandeur quel qu'il

---

(1) J. S. 1905.500 ; P. F. 1905.II.260.

(2) J. S. 1908.396 ; G. P. 07.II.384 ; P. F. 07.II.348.

(3) Loi 6 juill. 1891 ; J. S. 1892.27 ; P. F. 92.II.112.

(4) S. 67.I.254 ; J. P. 1867.644 ; D. P. 67.I.425.

(5) D. P. 94.I.173 (S. C.).

(6) S. 1936.II.149.



soit puisse obtenir une condamnation à des dommages-intérêts, il faut qu'il prouve non seulement la faute du commissaire aux comptes et le dommage subi, mais encore le lien de cause à effet entre cette faute et ce dommage.

**201.** — En jurisprudence, la question a souvent donné lieu à discussion. Bien sûr, le principe fut toujours affirmé avec force et la Cour de Cassation a déclaré le 14 déc. 1869 (1), le 11 mai 1870 (2) et le 20 juillet 1898 (3) qu'il faut une relation de cause à effet entre la faute et le préjudice pour entraîner la responsabilité civile du conseil de surveillance. Le trib. de com. Seine a jugé le 21 fév. 1894 (4) que le demandeur a « l'obligation d'établir la corrélation directe et certaine qui doit exister entre la faute commise et le préjudice dont il excipe ».

La question peut devenir particulièrement délicate à résoudre quand il s'agit de différences de cours. Ainsi la Cour de Paris dans son arrêt du 1<sup>er</sup> avr. 1903 (5), celle de Douai dans un arrêt du 30 mars 1905 (6) et celle d'Amiens dans un arrêt du 7 avr. 1911 (7) ont dû s'occuper à définir la part du préjudice subi par suite de différences de cours imputables à la faute du commissaire et la part émanant d'autres facteurs.

**202.** — Il est évident qu'il faut laisser aux Cours et tribunaux un certain pouvoir d'appréciation pour décider, comme le dit le jugement du trib. de com. de Lyon du 21 juil. 1931 (8), « si le préjudice éprouvé par la masse des créanciers a été la conséquence des faits de négligence et des fautes personnelles ou non », et si le préjudice, comme dit la Cour de Rouen le

---

(1) S. 70.I.165 ; J. P. 1870.387 ; D. P. 70.I.179 ; P. F. 79.I.55 (S. C.).

(2) S. 70.I.425 ; J. P. 1870.118 ; D. P. 70.I.401 (S. C.).

(3) D. P. 98.I.421 ; J. S. 1899.346 (S. C.).

(4) P. F. 94.2.32 ; G. P. 94.I.468.

(5) G. P. 03.I.525.

(6) J. S. 1905.500 ; P. F. 05.II.260.

(7) G. P. 11.II.163 ; R. S. 1912.20 ; J. S. 1915.363.

(8) R. S. 1931.383 ; J. S. 1932.167 (S. C.).

1<sup>er</sup> déc. 1926 (1), « aurait pu, en totalité ou en partie, être empêché ou rendu moins dommageable par la surveillance ».

Et la jurisprudence n'a même pas hésité à faire varier l'importance de la condamnation non point en raison du préjudice final subi par le demandeur, mais en raison du rapport plus ou moins direct entre ce dernier et la faute du commissaire. C'est ainsi que la Cour d'Orléans déclare le 30 juil. 1881 (2), suivie par la Cour de Paris le 8 mars 1932 (3), qu'une part minime de responsabilité est seulement laissée à la charge du commissaire aux comptes dans le cas où la vigilance censoriale n'aurait pas épargné aux demandeurs une perte subie par eux.

---

(1) G. P. 27.I.374 ; J. S. 1928.88 ; R. S. 1927.94 ; D. H. 1927.45. Rec. du Havre 1927.39 (S. C.).

(2) D. P. 82.II.121 ; S. 83.II.29 ; J. S. 1884.618 (S. C.).

(3) D. H. 1932.225 ; J. S. 1934.304 ; G. P. 32.I.925 ; S. 34.II.84.

## CHAPITRE CINQUIEME

**Caractère individuel ou solidaire de la responsabilité civile**

**203.** — § 1. — Il se peut, et surtout dans les sociétés importantes, que l'assemblée désigne deux ou plusieurs commissaires aux comptes pour agir conjointement. Il se peut aussi qu'un commissaire titulaire, empêché pendant un certain temps d'exécuter sa mission, se fasse remplacer par le commissaire suppléant. Quelle est alors la part de responsabilité incombant à chaque commissaire ? Ou sont-ils solidairement responsables sans distinction aucune ?

**204.** — La loi de 1867, qui fixe dans son art. 43 la responsabilité contractuelle des commissaires, est absolument muette à ce sujet, ce qui contraste singulièrement avec l'art. 44 de cette loi qui déclare la non-solidarité des administrateurs.

Il serait cependant faux de vouloir tirer de cette différence de texte un argument *a contrario*, car la solidarité ne se présume pas et il faut revenir, en cas de silence d'un texte spécial, aux principes du droit commun.

Nous sommes ainsi conduit à constater que, en ce qui concerne leurs rapports avec la société dont ils sont les co-mandataires, les commissaires ne sont point solidairement responsables. En effet, l'art. 1995 du Code civil est ainsi conçu : « *Quand il y a plusieurs fondés de pouvoir ou mandataires établis par le même acte, il n'y a de solidarité entre eux qu'autant qu'elle est exprimée* ». Ce texte est formel et décide de la question.

Toutefois, un auteur, M. Pont, ne se range pas à l'avis adopté par la doctrine et la jurisprudence. Pour lui, la mission

des commissaires est une et indivisible et de ce fait leur solidarité est de droit commun.

**205.** — Cette opinion n'est pas soutenable en face de la clarté du texte de la loi. Elle contient cependant une forte partie de vérité et les tribunaux sont généralement obligés de tenir compte de l'indivisibilité pratique de la mission des commissaires et d'en tirer la conclusion juridique d'une condamnation *in solidum*, que nous examinerons plus loin.

**206.** — Mais en droit pur, la responsabilité des commissaires est individuelle et la jurisprudence l'a confirmé par la Cour d'Orléans le 30 juil. 1881 (1), le trib. com. Grenoble le 3 fév. 1882 (2) et le trib. com. Saint-Etienne le 21 janv. 1937. Et ces solutions sont d'autant plus convaincantes que l'*art. 9* de la loi de 1867 précise expressément que « *chaque membre du conseil de surveillance est responsable de ses fautes personnelles...* », consacrant ainsi le principe de la responsabilité individuelle, bien que le conseil de surveillance constitue un collège légalement formé, ce qui n'est pas le cas des commissaires aux comptes.

**207.** — En matière de responsabilité délictuelle, la responsabilité fondée sur les art. 1382 et 1383 du code civil basée sur la faute du ou des commissaires est également individuelle, car chacun est personnellement responsable du dommage qu'il a causé.

**208.** — Cependant, en matière contractuelle, rien ne s'oppose à créer une solidarité des commissaires par la voie d'une prescription statutaire ou simplement d'une décision de l'assemblée générale lors de la nomination des commissaires, acceptée par eux. Cette extension de la solidarité n'a certainement rien de contraire à l'ordre public et est donc licite, puisqu'elle renforce

---

(1) S. 83.II.29 ; D. P. 82.II.121 ; S. 1884.618 (S. C.).

(2) J. S. 1882.206.



la garantie de l'institution. Cependant nous ne pensons pas, comme M. Lisbonne (N° 209), qu'elle profite *ipso facto* aux tiers, car elle est d'ordre strictement contractuel, et si les conventions, selon l'art. 1165 du code civil, ne peuvent pas nuire aux tiers, elles ne peuvent pas non plus leur profiter en vertu du même article.

En résumé, nous pensons que la responsabilité des commissaires est juridiquement individuelle, sauf le cas où, dans la seule matière contractuelle, les statuts ou la décision de nomination stipulent expressément une responsabilité solidaire.

**209.** — Si, en principe, la responsabilité civile des commissaires aux comptes est individuelle, elle sera cependant collective et les commissaires pourront être condamnés chacun *in solidum* avec les autres, s'ils ont commis une faute commune et indivisible, de telle sorte qu'il soit impossible de déterminer la part que chacun y a prise.

Ainsi fut jugé par Cass. requ. le 3 mai 1863 (1), Lyon le 24 juin 1871 (2), le trib. com. Seine le 28 nov. 1884 (3), Cass. civ. le 1<sup>er</sup> juil. 1895 (4), Cass. civ. le 1<sup>er</sup> déc. 1895 (5), Nancy le 3 août 1907 (6), Lyon le 24 juin 1911 (7). Ainsi fut également jugé relativement aux membres du conseil de surveillance d'une société en commandite par actions par la Cour d'Amiens le 20 nov. 1891 (8), la Ch. requ. le 28 mai 1889 (9), la Cass. civ. le 26 nov. 1907 (10) et la Ch. requ. le 25 fév. 1935 (11).

La doctrine n'est pas unanime à ce sujet et nous citons MM. Houpin et Bosvieux (t. 2 N° 1115), Lyon-Caen et Renault

---

(1) D. P. 65.I.379.

(2) S. 72.II.94 ; D. P. 71.II.189.

(3) R. S. 1885.178 ; J. S. 1891.236.

(4) D. P. 95.II.525.

(5) R. S. 1895.539.

(6) J. S. 1908.396 ; G. P. 7.II.384 ; P. F. 07.II.348.

(7) J. S. 1915.274.

(8) D. P. 92.II.545 ; R. Amiens 1892.141 (S. C.).

(9) D. P. 90.I.414 ; S. 90.I.9 ; G. P. 89.II.388 (S. C.).

(10) P. F. 08.I.183 (S. C.).

(11) D. H. 1935.161 ; J. S. 1937.282 (S. C.).

(t. 2 N<sup>o</sup> 841), Ruben de Couder (N<sup>o</sup> 392), Pont (t. 2 N<sup>o</sup> 1698), Floucaud-Pénardille (t. 2 N<sup>o</sup> 794), Goiraud (N<sup>o</sup> 617), Lacour et Bouteron (t. 1 N<sup>o</sup> 573), Pic (t. 3 N<sup>o</sup> 1544), Gain (N<sup>o</sup> 434), Copper-Royer (t. 4 p. 299).

**210.** — Mais chaque fois que la faute à la base du préjudice réparable peut être déterminée avec précision et être mise à la charge d'un des commissaires, ce dernier seul pourra être condamné en responsabilité. (V. Angers, 9 mai 1891) (1). Il en sera ainsi, si par suite d'une grave maladie, l'un des commissaires n'a pas assumé sa tâche pendant la période au cours de laquelle les faits reprochables se sont produits, ayant été vérifiés, et d'une façon insuffisante, par le seul deuxième commissaire. Il en sera également ainsi si un des commissaires avait été exclusivement chargé de vérifier la comptabilité des succursales, au cas où les irrégularités incriminées se seraient produites au siège, ou d'une façon plus générale, s'il y avait eu répartition bien déterminée du travail entre les commissaires.

Point n'est besoin que cette répartition soit faite d'office par la société dans les statuts ou dans l'acte de nomination. Il suffit qu'elle corresponde à un état de fait issu de l'arrangement des commissaires entre eux.

**211.** — On pourrait, pour soutenir la solution contraire, penser à l'art. 1165 déjà rappelé plus haut (V. N<sup>o</sup> 208) et selon lequel les conventions entre les parties ne peuvent pas produire d'effet vis-à-vis des non-contractants. Mais cela serait déplacer la question. Car il y a un autre grand principe qui domine toute la responsabilité civile des commissaires aux comptes, celui de la nécessité d'une faute commise par le responsable, et si l'arrangement intervenu entre les commissaires permet de définir avec précision le fautif, les commissaires non fautifs ne peuvent pas se trouver compromis par la négligence d'un co-commissaire.

---

(1) D. P. 92.II.81 (S. C.).

**212.** — Cependant, si ces commissaires ont eux-mêmes commis une imprudence ou une négligence dans la répartition du travail de vérification, s'ils ont chargé, par exemple, malgré la nomination de plusieurs commissaires par l'assemblée, vu l'importance de la société à contrôler, un seul d'entre eux de la presque totalité des vérifications à faire, alors, nous semble-t-il, il y a faute de leur part et mauvaise exécution de la mission collective, et la responsabilité de chaque commissaire est engagée soit individuellement, si les fautes peuvent être attribuées à l'un d'entre eux, soit *in solidum*, si tous les commissaires ont ratifié la répartition défectueuse du travail.

Tel nous semble encore être le cas si un commissaire a été spécialement nommé avec d'autres en considération de sa compétence technique particulière (ingénieur dans une fabrication, architecte dans une entreprise immobilière) et si, dans la répartition de la tâche, les commissaires n'ont pas tenu compte de la compétence spéciale qui a déterminé ouvertement ou tacitement la nomination de ce technicien.

**213.** — Nous devons également citer une curieuse application de la condamnation *in solidum* avec une répartition finale inégale de la charge de réparation, pour tenir compte de la part que chacun des débiteurs *in solidum* a pris à la faute. Ces condamnations *in solidum* à distribution inégale furent appliquées jusqu'à présent par la jurisprudence aux cas de responsabilité des administrateurs. Elles sont approuvées par MM. Houpin et Bosvieux (t. 2 N<sup>o</sup> 1078) et Hamel (R.S. 1923, 144 et svts), et il faut prévoir qu'elles le seraient également, pour identité de motif, si les Cours et tribunaux avaient à se prononcer en matière de censariat.

Bien que nous soyons partisan de théories juridiques nettes et exemptes de compromis, il faut reconnaître que l'idée d'une responsabilité dosée selon l'importance des fautes commises par chaque commissaire, subordonnée à une garantie solidaire de tout le « collège » des commissaires, répond un peu à la

nature des choses, puisque la répartition du travail dans le « collège », la collaboration apportée par chaque commissaire, est une affaire absolument interne dans laquelle ni la société, ni les tiers ne sont intervenus.

**214.** — Cependant, une telle solution imposerait aux mandataires, que sont les commissaires vis-à-vis de la société, une solidarité pour les fautes individuellement commises par chaque mandataire et se trouverait donc en contradiction flagrante avec les dispositions formelles de l'art. 1995 du code civil que nous avons cité plus haut (V. N<sup>o</sup> 204), qui exclut toute solidarité entre les mandataires lorsqu'elle n'est pas formellement exprimée. Nous rejetons donc la théorie de responsabilité *in solidum* à répartition inégale en matière contractuelle.

**215.** — En ce qui concerne la responsabilité délictuelle, il nous semble par contre que l'application du droit commun ne s'oppose pas à la théorie que nous examinons. Il est bien au contraire de jurisprudence constante que la condamnation solidaire, envers la victime, de toutes les personnes en faute n'empêche pas le tribunal de déterminer la mesure respective dans laquelle chacune d'elles aura finalement, d'après l'importance de sa faute, à supporter le poids du dommage. Dans cette mesure, celle des personnes qui paie la victime a un recours contre les autres pour être indemnisée des dommages qui sont finalement à la charge de chacun des délinquants.

Nous précisons toutefois que les commissaires exempts de faute ne peuvent être compris ni dans la condamnation *in solidum*, ni dans la répartition inégale, car en cette matière il n'y a pas de responsabilité civile sans faute. (V. *supra* N<sup>o</sup> 204).

**216.** — Il est également de règle générale que les commissaires ne présentent à l'assemblée qu'un seul rapport qui est leur œuvre commune. Ils peuvent y mentionner de quelle



manière ils se sont partagé leur tâche et cette façon de faire dégagerait, selon MM. Houpin et Bosvieux (t. 2 N<sup>o</sup> 1108), leur responsabilité collective. Nous ne pouvons cependant pas l'admettre, sauf pour le cas où cette indication permet de situer avec précision les fautes commises.

217. — Mais rien ne s'oppose à ce que les commissaires, lorsqu'ils ne sont point du même avis, dégagent leur responsabilité individuelle en présentant à l'assemblée, chacun pour son compte, des observations sur les points pour lesquels il existe un désaccord. Ils peuvent le faire soit dans le rapport général, soit dans un rapport distinct, afin d'éclairer l'assemblée générale sur la réalité de la situation. (Conf. MM. Houpin et Bosvieux, suppl. p. 183; Vavasseur, R.S. 1896 p. 394; Pic, t. 3 N<sup>o</sup> 1534; Decugis, N<sup>o</sup> 309; Gabriel Faure, p. 40).

218. — Il ne suffirait pas qu'un commissaire aux comptes se contente de relever et de signaler certaines irrégularités au conseil d'administration en obtenant de celui-ci décharge de responsabilité, au lieu de se présenter à l'assemblée des actionnaires, afin de lui soumettre ses observations et lui faire connaître le motif de ses protestations qui ne figurent pas au rapport des administrateurs. Il a été jugé ainsi le 20 avril 1932 par la Cour de Lyon (1).

L'assemblée générale est donc seule compétente pour statuer et elle doit le faire en connaissance de cause. Si elle entérine les fautes commises et signalées, elle fait usage de son pouvoir normal. Le commissaire, en tout cas, est dégagé de toute responsabilité sous réserve de l'obligation qu'il avait éventuellement de signaler les irrégularités constatées au Procureur de la République, en vertu de l'art. 34 de la loi de 1867.

219. — Signalons également un arrêt rendu dans une espèce

---

(1) J. S. 1932.583 ; D. H. suppl. 1933, p. 8 (S. C.).

bien particulière par la Cour de Paris le 1<sup>er</sup> fév. 1918 (1). Lorsque l'assemblée générale, a dit la Cour, a nommé deux commissaires avec pouvoir d'agir ensemble ou séparément et que l'un d'eux, à la suite de discussion avec le conseil, a pris une attitude hostile à celui-ci et s'est vu refuser la communication des documents sociaux, le second commissaire seul peut faire un rapport à l'assemblée, si cette assemblée, saisie de l'incident, a décidé que le rapport avait pu être rédigé par le commissaire ayant sa confiance.

**220.** — Que décider si les commissaires sont en désaccord quant au droit de convoquer d'urgence l'assemblée générale ? Nous ne pensons pas, comme un auteur l'a proposé, que le tribunal doit départager les opinions différentes, car nous ne voyons pas en vertu de quel texte il aurait qualité pour le faire. Nous pensons, au contraire, que la convocation doit avoir lieu par le ou les seuls commissaires ayant cette façon de voir et sous leur responsabilité exclusive, mais que le ou les commissaires ayant un avis divergent doivent le faire connaître à l'assemblée au début même de la séance pour que celle-ci soit informée d'emblée du conflit.

**221.** — Quoi qu'il en soit, l'assemblée générale est le seul organe compétent qui doit être informé en tout état de cause pour que la responsabilité des commissaires soit dégagée. La doctrine et la jurisprudence sont unanimes à ce sujet. (V. Lyon 8 juin 1864 (2); Caen 16 août 1864 (3); Metz 14 août 1867 (4); Lyon 20 avril 1932) (5).

**222.** — Mentionnons aussi l'influence que peut exercer l'*art. 55 du code pénal* sur la responsabilité civile solidaire des com-

---

(1) J. S. 1920.43 et note : G. P. 19.I.187 ; R. S. 19.I.17.

(2) D. P. 65.II.197 (S. C.).

(3) D. P. 65.II.192 (S. C.).

(4) D. P. 67.II.178 (S. C.).

(5) J. S. 1932.583 ; D. H. Suppl. 1933, p. 8 (S. C.).

missaires, qui dit que « *Tous les individus condamnés pour un même crime ou pour un même délit seront tenus solidairement des amendes, des restitutions, des dommages-intérêts et des frais* ». Par conséquent, en cas de pluralité d'auteurs, la victime a une action solidaire pour les dommages-intérêts et les frais contre tous les condamnés, les auteurs aussi bien que les complices.

L'application signalée de l'art. 55 du code pénal n'ajoute rien de neuf à la solution déjà donnée plus haut pour les cas d'une faute indivisible. Mais il établit la responsabilité solidaire même pour le cas d'une parfaite divisibilité de la faute, si cette dernière donne lieu à une condamnation pénale. Ainsi il mérite d'être cité très spécialement, surtout depuis que la réforme de 1935 a créé un certain nombre de délits nouveaux pour les commissaires aux comptes en donnant ainsi à cet art. 55 du code pénal un large champ d'application.

Bien entendu, cet art. 55 ne peut être étendu à la responsabilité contractuelle (Cf. Cass. civ. 6 avril 1927) (1). Mais une action civile jointe à une poursuite pénale, dirigée contre les commissaires, autorisera une condamnation solidaire en dommages-intérêts. (Conf. Chambre des requêtes 15 janv. 1878 (2); Chambre des requêtes 25 fév. 1935) (3).

**223.** — § 2. — L'étude du caractère solidaire de la responsabilité civile que nous faisons ne doit pas uniquement envisager la solidarité pouvant exister entre les commissaires, mais également celle qui peut naître entre le ou les commissaires d'une part et les administrateurs de la société d'autre part.

Il semble conforme aux principes de ne pas retenir une solidarité des commissaires et des administrateurs, car on ne voit pas, *a priori*, comment on pourrait en cas de faute commune (et le problème ne peut se poser qu'en cas de faute commune)

---

(1) D. P. 27.I.111 ; R. S. 27.I.201, note de M. Mazeaud.

(2) D. P. 78.I.152.

(3) D. H. 1935.161 ; J. S. 1937.282 (S. C.).

déclarer celle-ci indivisible, étant donné la fonction essentiellement différente des administrateurs et des commissaires. Il convient donc de tenir compte de cette différence de mission et de n'admettre une poursuite « conjointe » que lorsque les fautes commises par les administrateurs et les commissaires peuvent être considérées comme liées par complicité et donnent ainsi lieu à une poursuite devant la juridiction répressive. Or, sur le terrain pénal, les dispositions de l'art. 55 du code pénal que nous venons de voir (*supra* N° 222) rendent possible une poursuite *in solidum*.

224. — La jurisprudence est cependant d'un avis partagé et a partiellement retenu des cas de solidarité entre administrateurs et commissaires ayant commis une faute contractuelle. Pas de responsabilité solidaire, déclare la Cour de Douai le 30 mars 1905 (1), de Lyon le 24 juin 1911 (2) et le trib. de com. du Havre le 23 mai 1922 (3), conformément à la thèse que nous préconisons, suivis par la Cour de Lyon le 23 avr. 1923 (4) et le 10 nov. 1923 (5). Responsabilité *in solidum*, dit Paris le 31 mai 1892 (6) et le 18 juil. 1895 (7) et Lyon lui-même le 24 juin 1911 (8). Un curieux arrêt de la Cour de Rennes affirme le 27 nov. 1913 (9) la solidarité entre administrateurs et commissaires, tout en fixant la contribution de ces derniers à 10 % de celle des administrateurs.

Nous nous trouvons ainsi en face d'une nouvelle application de la responsabilité *in solidum* à répartition inégale que nous avons déjà vue plus haut (V. N° 213).

---

(1) J. S. 1905.500 ; P. F. 05.II.260.

(2) J. S. 1915.274.

(3) Rec. du Havre 1922.I.270.

(4) M. J. Lyon, 12 nov. 1923 ; J. S. 1925.240.

(5) M. J. Lyon, 8 mai 1924.

(6) D. P. 93.II.249 et la note de M. Pic.

(7) D. P. 96.II.78 ; G. P. 95.II.225 ; J. S. 1895.433.

(8) J. S. 1915.274.

(9) J. S. 1914.361.



225. — Il est par ailleurs certain, en vertu des principes consacrés par une longue jurisprudence, que dans le cas d'une répartition de la responsabilité entre les administrateurs et les commissaires, les tribunaux et Cours se prononceront sur une question de fait dans laquelle la Cour de Cassation ne pourra pas intervenir pour modifier leur façon de voir.

226. — § 3. — Il nous reste une dernière question à examiner, celle du recours des condamnés *in solidum* les uns envers les autres et du recours des commissaires contre les administrateurs.

Quant au recours des responsables *in solidum* entre eux, il faut purement et simplement appliquer le droit commun, notamment les art. 1213 et 1214 du code civil qui prescrivent la division de plein droit de l'obligation contractée entre débiteurs.

227. — Quant au recours qui peut être invoqué par les commissaires seuls condamnés en dehors des administrateurs pour irrégularités commises par ces derniers et non découvertes, nous estimons qu'ils ont toujours un recours contre eux en vertu des art. 1382 et 1383 puisque la responsabilité du commissaire suppose fatalement la faute préalable des administrateurs.

Par contre, en cas de dissimulation intentionnelle de l'irrégularité commise par les administrateurs, les commissaires trop complaisants nous semblent mal venus à rechercher la responsabilité des administrateurs, s'étant rendus en quelque sorte complices des manœuvres irrégulières, tout en ayant eu la possibilité de dégager leur responsabilité en rendant compte à l'assemblée.

Dans le premier cas, le préjudice subi par le commissaire par suite de sa condamnation nous semble basé sur sa faute de négligence, mais conditionnée directement par la faute des administrateurs. Il y a relation directe de la faute des admi-

nistrateurs et du préjudice subi par le commissaire. Dans le second cas, la faute intentionnelle du commissaire est telle que le préjudice aurait pu être arrêté si le commissaire n'avait pas manqué pleinement à son devoir élémentaire. Or, nul ne peut invoquer sa propre turpitude.

Nous maintenons donc notre *distinguo* en rejoignant en quelque sorte par un chemin différent l'avis de MM. Houpin et Bosvieux qui disent (t. 2 N° 1115) que les commissaires actionnés en responsabilité n'ont aucun recours contre les administrateurs, à moins que ceux-ci ne les aient trompés par leurs artifices ou leurs allégations mensongères.

**228.** — Citons également un arrêt curieux de la Cour de Lyon du 10 nov. 1921 (1) qui dit qu'en cas de détournement du caissier, les commissaires sont plus responsables que les administrateurs, et ils doivent réparer le dommage jusqu'à concurrence des trois quarts. Nous ne le croyons pas, car si les commissaires ont le devoir de contrôler l'administration générale de la société, sans pouvoir se perdre dans des questions de détail, les administrateurs ont un devoir plus précis encore, à savoir celui d'administrer et de contrôler ou de faire contrôler par des experts-comptables ou des employés spécialisés tous les rouages de la société dans les moindres compartiments. Le rôle du commissaire ne peut pas être celui d'un contrôleur permanent de la caisse, du portefeuille, des stocks, etc... de la société.

**229.** — Ajoutons encore, pour finir ce chapitre, un arrêt important quoique ancien de la Cour de Cass., Ch. civile du 4 juin 1883 (2) qui précise que la cassation prononcée à l'égard de l'un des administrateurs ou des commissaires condamnés à des dommages-intérêts profite également aux autres. Ceci est, d'ailleurs, strictement conforme aux règles générales de la procédure civile, mais méritait quand même d'être rappelé.

---

(1) R. S. 1922.213 ; J. S. 1923.338.

(2) D. P. 83.I.385 ; G. P. 84.I.240 ; R. S. 1883.589 ; J. S. 1884.313 ; S. 84.I.113.

## CHAPITRE SIXIEME

**Rapport spécial sur les marchés et entreprises  
faits avec les administrateurs**

**230.** — Nous avons vu plus haut, en étudiant dans le chapitre deuxième de ce titre les attributions du commissaire aux comptes, que le législateur les a également chargés de deux missions spéciales situées en dehors du cercle normal des vérifications du bilan et des comptes annuels.

Il s'agit de l'obligation qui leur est imposée par l'art. 34 de la loi du 24 juillet 1867, modifiée par un décret-loi du 8 août 1935, qui dit : « *Les commissaires font, en outre, un rapport spécial sur les opérations prévues à l'art. 40 de la présente loi* », c'est-à-dire sur les traités et marchés personnels que les administrateurs ont été autorisés par l'assemblée générale de faire avec la société qu'ils administrent.

Il s'agit ensuite d'une disposition contenue dans un autre décret-loi du 8 août 1935 qui demande un rapport spécial du commissaire sur les bases de calcul du taux d'émission des nouvelles actions qui doivent être attribuées à des souscripteurs en dehors du droit de préférence que la loi réserve dorénavant aux anciens actionnaires.

Nous examinerons dans ce chapitre sixième le premier de ces rapports et ensuite dans le chapitre septième celui qui est relatif aux nouvelles émissions d'actions, tout en nous occupant de ce dernier rapport également dans le chapitre huitième du titre trois, étant donné que l'infraction à la nouvelle prescription légale le concernant est sanctionnée par une peine correctionnelle.

**231.** — § 1. — C'est dans la loi du 23 mai 1863 qu'apparaît pour la première fois l'interdiction faite aux administrateurs de prendre ou de conserver un intérêt direct ou indirect dans toutes opérations faites avec la société ou pour son compte. L'interdiction est générale, elle vise toutes les opérations. Cependant, à la suite de l'intervention de nombreux tribunaux de commerce, dont celui de la Seine, le législateur avait admis une procédure destinée à tempérer ce que la loi de 1863 avait de trop absolu : l'art. 40 de la loi du 24 juillet 1867 remplace l'interdiction portant sur toutes les opérations par une interdiction portant sur les seuls marchés et entreprises et elle permet aux assemblées générales d'autoriser même ces derniers, sous condition qu'un compte rendu spécial soit fait sur l'exécution de ces opérations.

**232.** — Pratiquement, en tempérant ainsi l'interdiction absolue de la loi de 1863, les modifications apportées en 1867 ouvrirent largement la porte aux abus et l'art. 40 a été rendu rapidement inopérant par l'usage. Ce phénomène s'est produit sous le prétexte des nécessités de la discrétion commerciale et par suite de l'absence de contrôle et de sanctions en cas d'inobservations. En outre, il faut dire que les administrateurs ne semblaient pas être fort disposés à critiquer dans leur rapport à l'assemblée générale les opérations faites par un des leurs avec la société. La jurisprudence elle-même s'est montrée excessivement indulgente dans l'application qu'elle faisait de la prohibition édictée. N'allait-elle pas jusqu'à admettre la validité des autorisations données après coup pour des opérations déjà accomplies ? (V. Cour de Paris, 30 juil. 1867) (1). C'est pourquoi, dans tous les projets de réforme de la législation des sociétés qui se sont succédés depuis 1930, une mise au point de contrôle des opérations visées par l'art. 40 est envisagée avec insistance.

---

(1) D. P. 67.II.238.



**233.** — On ne peut donc qu'approuver les nouvelles mesures prises qui confient la vérification des opérations en question et la rédaction du rapport au commissaire aux comptes, bien que le texte adopté soit imprécis à volonté, comme nous le verrons, et que l'absence de toute sanction pénale risque d'enlever à la nouvelle disposition légale une partie de son efficacité.

Mais la loi a certainement fait œuvre utile en enlevant au conseil d'administration l'obligation, à laquelle il cherchait trop souvent à se soustraire, de renseigner l'assemblée sur les opérations intéressant personnellement ses membres, et d'investir de cette mission l'organe de surveillance et de contrôle mieux qualifié pour la remplir et plus indépendant depuis la réforme de 1935.

**234.** — § 2. — Nous avons dit que le texte de la loi est imprécis à volonté. En effet, il est si mal conçu que toute une série de points d'interrogation se lève immédiatement. L'art. 34 déjà cité dit : « *Les commissaires font, en outre, un rapport spécial sur les opérations prévues à l'art. 40 de la présente loi* ». L'art. 40 précise : « *Il est interdit aux administrateurs de prendre ou de conserver un intérêt direct ou indirect dans une entreprise ou dans un marché fait avec la société ou pour son compte, à moins qu'ils n'y soient autorisés par l'assemblée générale. Il est, chaque année, rendu à l'assemblée générale un compte spécial de l'exécution des marchés ou entreprises par elle autorisés* ». Nous allons examiner les difficultés d'interprétation une par une.

**235.** — Tout d'abord, que faut-il entendre par « entreprise » et par « marché ». L'exposé des motifs de la loi de 1867 indique que ces expressions « s'appliquent ordinairement à des conventions d'une importance assez grande et ayant pour effet une durée assez longue » (1). Le législateur ajoutait, par ailleurs,

---

(1) D. P. 67.IV.114.

qu'il s'agissait de transactions « comprenant une série de travaux ou de fournitures et, par conséquent, embrassant un assez long espace de temps ».

Il faut donc croire que la notion fondamentale à laquelle le législateur s'est arrêté est celle de la durée, de la répétition des actes de commerce faits avec la société. Un acte de commerce isolé, tels que l'achat ou la vente d'une marchandise, l'avance occasionnelle et temporaire d'un prêt consenti à la société, l'escompte d'un papier, ne tombe pas sous la prohibition, même si l'acte doit se répéter assez fréquemment. Décider le contraire, ce serait, en l'absence de texte, apporter une gêne insupportable et même souvent absolue à des opérations facilement contrôlables dans le cadre de la mission générale du commissaire.

Par contre, sont interdits tous marchés dans lesquels l'administrateur, directement ou indirectement, joue le rôle de contre-partie, toutes entreprises de fournitures impliquant des prestations périodiques, les ouvertures de crédits de longue durée, etc... Encore, en s'inspirant de l'esprit de la loi plutôt que de sa lettre, faut-il que la prohibition ne s'applique qu'aux marchés et entreprises qui se concluent de gré à gré, à l'exclusion des adjudications de travaux ou de fournitures faites avec publicité et concurrence.

Mais tous les marchés de gré à gré dans lesquels les administrateurs ont ostensiblement ou non un intérêt quelconque, sont rigoureusement prohibés.

**236.** — Ensuite, il faut se demander ce qu'il faut entendre par « intérêt direct ou indirect » dont parle le texte de la loi.

Si l'intérêt direct d'un administrateur dans un marché ou une entreprise est relativement facile à définir, la notion de l'intérêt indirect est plus fuyante. On s'accorde, cependant, à admettre que cet intérêt existe toutes les fois qu'un administrateur doit tirer parti d'un marché ou d'une entreprise sans y paraître en nom. Tel serait, par exemple, le cas d'un marché

fait au nom d'une société avec une personne dont l'administrateur serait l'associé ou avec une autre société dans laquelle il aurait un sérieux intérêt soit comme associé sous une forme quelconque, soit même comme créancier, si la situation de cette société était notoirement compromise.

Les tribunaux ont, à cet égard, dans chaque espèce un pouvoir souverain d'appréciation, car il n'est limité que par la possibilité d'une censure de la Cour Suprême s'exerçant sur la définition légale du marché.

Par contre, le fait de posséder un nombre très restreint d'actions d'une société sans influence sur sa direction ne semble pas rendre l'administrateur incapable de traiter avec elle au nom de la société en dehors de l'autorisation prévue.

**237.** — La question se pose alors également de savoir, si bizarre que cela puisse paraître, sur quoi doit porter exactement le rapport spécial des commissaires. Doit-il être préventif, c'est-à-dire éclairer préalablement les actionnaires sur les autorisations qui leur sont demandées, selon les prescriptions de l'art. 40, al. 1, ou est-il plutôt une réplique du « compte spécial » donné par les administrateurs en vertu de l'art. 40, al. 2, ou constitue-t-il lui-même ce compte spécial qui sera ainsi à faire, non plus comme avant la réforme par les administrateurs, mais par les commissaires ?

Nous pensons que le rôle attribué au commissaire aux comptes doit normalement être un rôle de vérification des opérations faites ou en cours ; toute dérogation à ce principe doit être exprimée en termes clairs et ne se présume pas.

Par ailleurs, le texte de l'art. 34 parle de rapport sur les opérations et non sur les autorisations. Puis, le parallélisme est évident entre le compte spécial de l'art. 40 et le rapport spécial du nouvel art. 34, de sorte qu'on peut croire qu'il s'agit d'un seul et même rapport portant, selon les termes de l'art. 40, sur l'exécution. Enfin, vouloir admettre que le commissaire aux comptes doit donner un avis sur des opérations à venir, c'est

le mêler à la gestion de l'affaire, ce qui est nettement à l'encontre de l'esprit de l'ancienne loi de 1867 aussi bien que de la réforme de 1935.

C'est pour ces raisons que nous estimons avec MM. Houpin et Bosvieux (suppl. p. 173), Tchernoff (suppl. p. 37), Lagarde (N<sup>o</sup> 86) et contra MM. Lisbonne (N<sup>o</sup> 118) et Piot (N<sup>o</sup> 76), que le rôle du commissaire consiste à établir un rapport sur les opérations faites et non pas sur les autorisations demandées.

**238.** — On peut se demander également, si le commissaire doit fournir à l'assemblée un rapport détaillé ou seulement une approbation générale de l'exécution des opérations en question, si rien d'irrégulier ne lui a été révélé au cours de ses vérifications.

Si on se rappelle, d'une part, que c'est précisément sous le couvert de la discrétion commerciale que les dispositions de l'art. 40 sont pratiquement tombées en désuétude, mais si l'on ajoute, d'autre part, qu'une assemblée générale est un forum excessivement mal placé pour discuter et juger sereinement des questions de ce genre, il faut décider avec la majorité des auteurs qu'il appartient au commissaire de faire une vérification approfondie et détaillée, mais de présenter seulement un rapport succinct dans lequel il indique sous sa responsabilité s'il estime régulière l'exécution des opérations et s'il peut conseiller à l'assemblée de les approuver.

**239.** — Une autre question est à examiner, étant donné l'imprécision du texte légal. On peut se demander s'il y a toujours lieu de faire un rapport spécial, même s'il n'existe aucune opération tombant sous le coup de l'art. 40.

Certains auteurs ont cru devoir conseiller, par mesure de précaution, la rédaction de ce second rapport néant. Il n'en est pourtant rien, car il suffit de se rapporter à l'alinéa 4 de l'art. 34 de la loi de 1867 où l'on parle de la présentation à l'assemblée générale « du ou des rapports des commissaires ». La loi prévoit



donc elle-même dans cet article 34 (dont le 3<sup>e</sup> alinéa impose au commissaire l'obligation de déposer un rapport général et, en outre, un rapport spécial sur les opérations en question) la possibilité d'un seul rapport. La question est ainsi tranchée.

**240.** — En dernier lieu il faut se demander maintenant, de quelle manière le commissaire peut avoir la connaissance matérielle en fait des opérations dans lesquelles un administrateur a été plus ou moins intéressé, et qui ne sont pas toujours désignées comme telles dans les écritures comptables.

Convient-il de décider qu'il faut reconnaître au commissaire le droit de se livrer à des recherches spéciales dans les procès-verbaux du conseil d'administration et dans les archives de la société ? Nous ne le pensons pas, d'autant plus que de telles recherches, extrêmement absorbantes, ne permettent pas, même au commissaire le plus diligent, de découvrir l'intérêt indirect qu'un administrateur peut avoir à traiter avec une société, ni de connaître la comptabilité et les procès-verbaux de la société interposée.

L'opinion générale est qu'il convient, pour le commissaire, de demander au conseil la désignation et des explications écrites et précises sur les opérations qui sont de nature à tomber sous le coup de l'art. 40.

**241.** — Nous ne le pensons cependant pas, tout en reconnaissant l'utilité d'une telle demande d'éclaircissement. Nous estimons que le commissaire a uniquement l'obligation de consulter les derniers procès-verbaux des assemblées générales en vue de déterminer quels sont les marchés et entreprises autorisés par elles. C'est seulement sur ces opérations qu'il est obligé de faire un rapport spécial à l'assemblée et cette solution est légalement certaine si l'on considère, comme nous, que le compte rendu annuel, dont parle l'art. 40 dans son dernier alinéa, n'est autre chose que le rapport du commissaire prescrit à l'art. 34 avec renvoi à l'art. 40 (V. N<sup>o</sup> 230). Dans le cadre de

ces marchés et entreprises, le commissaire dispose alors du droit d'investigation le plus complet ; les administrateurs n'ont pas à se faire juges de savoir, de quelle manière et jusqu'à quel point le commissaire estime devoir se rendre compte sous sa responsabilité de la régularité des opérations à vérifier.

Si les administrateurs ont fait des opérations prohibées en dehors de l'autorisation nécessaire de l'assemblée générale, ils ont commis une faute lourde et il appartient au commissaire de signaler cette faute dans son rapport général à l'assemblée. La responsabilité qui peut en résulter pour les commissaires doit s'apprécier alors selon les règles générales qui la régissent et qui sont étudiées dans les chapitres premier et quatrième de ce titre.

**242.** — § 3. — Quelle est la responsabilité qui peut découler de l'inobservation de l'art. 40 pour le commissaire aux comptes ? La loi de 1867 prescrit formellement dans son art. 34 que : *« la délibération de l'assemblée contenant approbation du bilan et des comptes est nulle si elle n'a pas été précédée du ou des rapports des commissaires »*. Une action en responsabilité civile peut donc se greffer sur cette nullité, qui suppose l'absence du rapport spécial.

Que décider s'il ne s'agit plus d'absence complète de rapport, mais tout simplement d'un rapport inexact ? Aucune nullité de délibération n'est encourue. Il faut appliquer les principes généraux exposés ci-dessus, relatifs à la responsabilité civile des commissaires, et qui présupposent évidemment une faute commise par le commissaire, un dommage subi par le demandeur et une relation de cause à effet entre cette faute et le dommage.

**243.** — Quant à la responsabilité pénale du commissaire, elle ne semble pas pouvoir être mise en jeu sur la base de l'art. 40, puisque l'inobservation de cet article par les administrateurs eux-mêmes ne les expose pas à une sanction pénale. Toute-

fois, si le rapport spécial du commissaire révèle le caractère d'une information mensongère sur la situation de la société donnée sciemment par lui, ou si le commissaire ne révèle pas au Procureur de la République des délits constatés qui ont été commis par les administrateurs à propos d'opérations qui rentrent dans le cadre de l'art. 40, une inculpation pénale ayant pour point de départ la mission spéciale du commissaire pourrait être formulée sur la base des prescriptions pénales de l'art. 34 de la loi de 1867 que nous étudierons dans le titre troisième de ce livre.

## CHAPITRE SEPTIEME

## Rapport spécial

## en cas de dérogation au droit préférentiel des actionnaires

**244.** — Un des décrets du 8 août 1935 ayant pour but « la protection des droits des actionnaires contre les abus de pouvoir des conseils d'administration dans les augmentations de capital des sociétés par actions » prescrit dans son article premier que, *« nonobstant toute disposition contraire des statuts, les actionnaires ont, proportionnellement au montant de leurs actions, un droit de préférence à la souscription des actions de numéraire émises pour réaliser une augmentation de capital »*.

Après avoir déterminé ensuite de quelle façon ce droit de préférence peut être utilisé par son titulaire, l'art. 5 prévoit une dérogation importante, afin de tenir compte du cas où les nécessités de la situation obligerait la société à faire appel à de nouveaux capitalistes en dehors de l'exercice du droit de préférence. Il y est dit qu'une assemblée générale délibérant avec le quorum requis par l'art. 31 de la loi du 24 juillet 1867 peut écarter le droit de préférence des anciens actionnaires sous condition toutefois, qu'un rapport préalable des administrateurs indique selon l'art. 6 *« les motifs de l'augmentation de capital, le taux d'émission et les bases sur lesquelles il a été déterminé »*, et qu'en second lieu les commissaires précisent selon l'art. 7 *« dans un rapport spécial à l'assemblée, si les bases de calcul indiquées par le conseil d'administration dans le rapport prévu à l'art. 6 du présent décret leur paraissent exactes et sincères »*.

**245.** — Les sanctions prévues pour les infractions à ces dispositions sont surtout de nature pénale et sont précisées dans



les articles 9, 10 et 11 du décret-loi en question. Nous aurons à les examiner dans le titre troisième de ce livre.

Mais l'art. 8 dudit décret-loi prévoit également une sanction civile : « *La violation des dispositions du présent décret entraîne la nullité de l'augmentation du capital... Les administrateurs et les commissaires sont solidairement responsables de cette violation* ».

Il faut se rendre compte immédiatement, que cette responsabilité solidaire peut avoir un caractère excessivement sérieux pour le commissaire. Prise à la lettre du texte, elle devient même d'une iniquité inadmissible, car le commissaire serait solidairement responsable avec les administrateurs des conséquences de la nullité de l'augmentation du capital qui se produit d'office en cas d'inobservation du délai de souscription réservé aux anciens actionnaires (art. 1) en cas de rédaction incomplète de l'annonce légale ouvrant la souscription (art. 2), ou d'insertion défectueuse dans la notice de souscription (art. 3), ou de mauvaise répartition des actions disponibles entre les souscripteurs à titre réductible (art. 4), ou d'inobservation des conditions de quorum de l'assemblée prévue par l'art. 5.

**246.** — Mais toutes ces violations des dispositions du décret ne sont pas le fait du commissaire et sont uniquement imputables à l'organe de gestion, c'est-à-dire au conseil d'administration. Nous nous refusons, quant à nous, à donner à l'art. 8 qui édicte la responsabilité solidaire des commissaires aux comptes avec les administrateurs une portée générale et inconditionnelle et nous croyons, conformément à la théorie qui veut que la responsabilité civile des commissaires soit étayée sur une faute de leur part, que cette faute soit sous-entendue dans la rédaction de l'art. 8 que nous examinons et que, par conséquent, il s'agisse uniquement de la responsabilité civile résultant d'une violation de l'art. 7 du décret, qui impose au commissaire l'obligation précise de fournir un rapport à l'assemblée générale.

•

Toute autre interprétation serait inexplicable, étant donné le rôle limité joué par le commissaire. Le commissaire n'a pas et ne peut pas surveiller l'accomplissement des formalités prescrites, il n'a qu'à faire un rapport qui indique à l'assemblée générale si les bases de calcul retenues par le conseil d'administration dans son rapport paraissent exactes et sincères. Dans cet ordre d'idées et dans ce domaine seulement, le commissaire se porte en somme caution morale des administrateurs et c'est pour cette raison qu'il est solidairement responsable avec eux.

L'exactitude de cette interprétation devient plus frappante encore si l'on suppose que l'augmentation de capital a lieu sans que le droit préférentiel des actionnaires soit écarté. Dans ce cas, le commissaire aux comptes n'a nullement à intervenir ou à faire un rapport quelconque. Mais il serait responsable quand même de l'observation des formalités prescrites par les art. 1, 2, 3 et 4 du décret si l'on donnait à la solidarité dont parle l'art. 8 une portée générale. Ceci est manifestement inconcevable et prouve une fois de plus que l'interprétation restreinte que nous soutenons est seule possible. (Conf. MM. Bosvieux, J. S. 1936, p. 19 ; Masson, N° 224.)

**247.** — Cependant, en acceptant cette interprétation restreinte, il faut se demander en quoi consiste la portée réelle de cet art. 8. La lecture du texte nous permet de conclure, en ce qui concerne les commissaires aux comptes, qu'ils sont solidairement responsables avec les administrateurs en cas de nullité de l'augmentation du capital résultant obligatoirement de la non-présentation à l'assemblée du rapport spécial en cas de renonciation à l'exercice du droit préférentiel par les actionnaires.

La présentation d'un rapport erroné n'est pas visée par cet art. 8, mais il va de soi qu'en cas d'erreurs grossières, les commissaires sont responsables aux termes du droit commun des conséquences dommageables de leur faute qui, cependant, n'entraîne pas la nullité obligatoire de l'augmentation du capital.

**248.** — Si les commissaires donnent ou confirment sciemment des indications inexactes dans leur rapport spécial, non seulement ils encourent les pénalités de l'art. 11 dont nous aurons à parler plus loin (V. N° 491), mais l'action en responsabilité civile peut se greffer sur l'action pénale basée sur l'article 11 sous forme d'une action jointe.

Cette dernière responsabilité ne se confond d'ailleurs pas avec la responsabilité civile prononcée par l'art. 8, car elle a pour base la communication d'indications inexactes faites sciemment dans le rapport spécial, tandis que la responsabilité de l'art. 8 est engagée en cas d'absence de ce rapport spécial entraînant la nullité de l'augmentation de capital. En outre, la responsabilité civile greffée sur l'action pénale de l'art. 11 est générale et porte sur tous les dommages subis par suite de la faute du commissaire, tandis que celle provenant de l'art. 8 concerne spécialement les conséquences de l'annulation de l'augmentation de capital. Ensuite, la responsabilité civile de l'art. 8 est encourue solidairement par les commissaires et les administrateurs, tandis que celle de l'art. 11 est individuelle. Finalement, la responsabilité civile résultant de l'art. 8 peut être invoquée aussi bien par les tiers que par la société elle-même (par exemple, pour les frais inutilement engagés d'augmentation du capital), tandis que l'action basée sur l'art. 11 est par sa nature même essentiellement individuelle. On ne voit pas, en effet, quel pourrait être le préjudice que la société elle-même aurait pu subir du fait des indications inexactes fournies à l'assemblée des actionnaires.

## TITRE TROISIÈME

### La responsabilité pénale des Commissaires aux comptes

---

249. — Les sanctions civiles que nous avons étudiées jusqu'à présent tendent à réparer les préjudices causés aux particuliers; or, si l'on accepte ou non la théorie institutionnelle, il faut reconnaître que la défaillance d'une société anonyme du fait de sa mauvaise gestion, et *a fortiori* par suite d'une gestion frauduleuse, dépasse le cadre des intérêts privés directement engagés. La société anonyme a un rôle social à remplir dans la structure économique du pays : elle est organe de production et consommatrice de main-d'œuvre; elle est un rouage important dans la distribution du crédit public et la structure fiscale de l'Etat. Les délits et les crimes commis contre son bon fonctionnement, contre son existence, sont donc de nature à troubler l'ordre social. Par conséquent, il faut une sanction sociale, plus énergique que la responsabilité civile fort souvent inopérante en face de personnes insolvables : c'est la responsabilité pénale; en un mot, à côté de l'action privée il fallait l'action publique.

L'examen de cette responsabilité pénale découlant de l'action publique sera l'objet de ce troisième titre. Pour son étude ordonnée, nous croyons utile d'examiner tout d'abord la situation avant les décrets-lois de 1935 (qui est régie d'une part par la loi fondamentale du 24 juillet 1867 et d'autre part par le droit commun en matière pénale) et de nous occuper ensuite des modifications apportées par lesdits décrets-lois. Ceci sera



donc l'objet du premier et du deuxième chapitre. Nous soulignons immédiatement que l'étude relative à la situation avant 1935 garde toute sa valeur d'actualité, car les décrets-lois ont, sans modifier cette situation, créé simplement une série de délits nouveaux indépendants des anciens.

## CHAPITRE PREMIER

## La situation avant les décrets-lois de 1935

250. — La loi de 1867 ne contenait aucune disposition particulière en ce qui concerne la responsabilité pénale des commissaires aux comptes. Ils ne pouvaient donc pas être poursuivis pénalement en qualité d'auteur principal, en dehors des infractions appartenant au droit commun. Mais dans toutes les hypothèses où les administrateurs étaient eux-mêmes passibles de peines, des poursuites pouvaient être intentées en même temps contre les commissaires prévenus de complicité, par application des dispositions de l'art. 60 du code pénal : « *Seront punis comme complices d'une action qualifiée crime ou délit, ceux qui... par abus d'autorité ou de pouvoir, machinations ou artifices coupables, auront provoqué cette action, ou donné des instructions pour la commettre...; ceux qui auront avec connaissance aidé ou assisté l'auteur de l'action dans les faits qui l'auront préparée ou facilitée, ou dans ceux qui l'auront consommée...* ». Il résulte nettement de ce texte que la complicité exige l'intention délictueuse chez le commissaire accusé, car il n'y a pas de complicité sans mauvaise foi. La chambre criminelle de la Cour de Cassation l'a bien fait ressortir dans son arrêt du 28 avril 1888 (1) : les fautes commises par les commissaires ne donnent lieu à l'application de la loi pénale... « que dans le cas où en s'abstenant de signaler les abus dont se sont rendus coupables les administrateurs..., ils auraient obéi à une pensée criminelle ». Cet arrêt est approuvé expressément par MM. Houpin et Bosvieux (t. 1 N° 1115), ainsi

---

(1) R. S. 1888.353 ; D. P. 88.I.493 ; J. S. 1889.329.

que par M. Copper-Royer (t. IV N<sup>o</sup> 645). Il faut donc, pour que le commissaire puisse être poursuivi sur la base des textes, non abrogés en 1935, de la loi de 1867, qu'il ait agi comme complice de mauvaise foi.

Il est d'ailleurs fort contestable que le commissaire complètement négligent, comme le fait remarquer malicieusement M. Derkenne (p. 71), soit à l'abri de toute poursuite, puisque sa bonne foi ne peut être mise en doute. Il y a des cas où l'abstention et le silence gardés contrairement à une obligation légalement imposée revêtent bien le caractère d'une complicité frauduleuse. Nous aurons à y revenir plus loin (V. N<sup>os</sup> 479/480).

**251.** — Quoi qu'il en soit, le commissaire pouvait et peut être poursuivi en matière correctionnelle non seulement comme complice d'une infraction aux prescriptions de la loi de 1867, mais également comme auteur principal pour des délits de droit commun.

Les délits de droit commun possibles en cette matière se rattachent exclusivement aux articles 405 et 408 du code pénal, à savoir le délit d'escroquerie et le délit d'abus de confiance. Il faut y ajouter le délit d'imputations diffamatoires et injurieuses régi par l'art. 35 de la loi du 29 juil. 1881. Nous réservons à chacun de ces trois délits une section de ce chapitre.

Ces délits ne gardent pas obligatoirement leur caractère de délit de droit commun; tantôt ils se confondent, tantôt ils se juxtaposent avec les délits spéciaux aux sociétés par actions. Faisons remarquer par exemple que l'art. 15 de la loi de 1867, aussi bien dans son ancien texte que dans son nouveau, vise expressément les faits constitutifs du délit d'escroquerie et les peines prononcées par l'art. 405 du code pénal pour les appliquer aux délits spéciaux qu'il réprime.

**252.** — Quant aux délits résultant d'infractions à l'ancien texte de la loi de 1867 et non prévus par le droit commun, dans

lesquels les commissaires peuvent être recherchés en qualité de complices, comme nous l'avons vu, il s'agit tout d'abord du délit de publication de faits faux créé par le § 1 de l'art. 15 de la loi de 1867 qui est devenu en 1935, sans changement, le § 2 de ce même article. Nous lui consacrerons la quatrième section de ce chapitre.

**253.** — Et enfin, il faut examiner dans la cinquième section la question épineuse du délit de distribution de dividendes fictifs, prévue par le § 3 dudit art. 15 de la loi de 1867 qui est devenu, sans modification, le § 4 du texte de 1935.

Nous aurons ainsi examiné successivement les poursuites pénales auxquelles le commissaire est exposé sur la base du droit commun et de l'ancien texte de la loi de 1867 qui garde toute sa valeur puisque, comme nous l'avons dit plus haut (V. N<sup>o</sup> 249), les décrets-lois de 1935 n'ont pas abrogé ou modifié les anciens délits de la loi de 1867, et nous pourrions étudier alors, dans le deuxième chapitre, les délits spéciaux créés par les décrets-lois de 1935 et de 1937, qui ont simplement créé une série de délits nouveaux ajoutés aux délits préexistants.

**254.** — Cependant, avant de le faire, disons encore un mot au sujet de l'action civile portée sous forme d'action jointe contre le commissaire aux comptes devant la juridiction répressive, tendant à déclarer ce dernier civilement responsable pour les fautes d'autrui. La responsabilité civile du commissaire peut-elle ainsi se trouver engagée devant les tribunaux correctionnels ? Cette action se base généralement sur l'art. 1384 du code civil qui dit : « *On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde...* ». Nul doute que le commissaire ne soit pas civilement responsable au sens de cet article du code civil, car il n'a aucune autorité sur le conseil d'administration (Conf. Gabolde, N<sup>o</sup> 1). Mais la



Cour de Cassation, chambre des requêtes, dans son arrêt du 2 juil. 1873 (1), a déclaré : « ...l'action en responsabilité contre les fondateurs, administrateurs et commissaires... ne s'étaye sur aucune disposition spéciale de la loi pénale; elle n'en a nul besoin; il suffit d'invoquer les art. 42, 43 et 44 de la loi du 24 juil. 1867 qui tracent aux fondateurs, administrateurs et commissaires les obligations; par le fait de leur entrée dans la société et de l'acceptation volontaire de leurs fonctions, ils se sont engagés à remplir ou à en surveiller l'exécution ».

L'action en responsabilité civile du commissaire peut donc être intentée sous forme d'action jointe à une inculpation principale de l'auteur du délit devant la justice répressive, sous condition toutefois que la responsabilité invoquée du commissaire se rattache aux faits délictueux.

Cette solution est combattue avec raison par la doctrine, et M. le Professeur Thaller fait observer très judicieusement (Traité élémentaire de droit commercial, N<sup>o</sup> 680) que ce serait infliger une flétrissure, contraire au droit et à l'équité, que d'assigner en dommages-intérêts devant une juridiction répressive un commissaire qui n'a commis aucune faute pénale.

**255.** — Bien entendu, si le commissaire aux comptes est victime d'une plainte pénale abusive, il peut intenter au plaignant une action en dommages-intérêts conformément à la loi du 2 juillet 1931 qui dit : « *Quand, après une information ouverte contre une personne dénommée, sur constitution de partie civile, il aura été rendu une ordonnance de non-lieu, l'inculpé pourra demander des dommages et intérêts au dénonciateur* ». Cependant, il y a lieu de croire que ce texte ne pourra trouver application que si le commissaire est accusé directement comme auteur ou complice, à l'exclusion du cas où il est seulement poursuivi en responsabilité civile par action jointe.

**256.** — Mentionnons encore que les arrêts et jugements ren-

---

(1) S. 73.I.306 ; D. P. 74.I.50 ; J. P. 1873.765.

dus en matière pénale contre les commissaires aux comptes ne sont pas fort nombreux; cela tient surtout au fait que, pour l'accomplissement de leur mission, les commissaires n'ont pas à intervenir dans la gestion; ils ne peuvent guère que faire figure de pâles complices dans les affaires de dividendes fictifs, de faits faux ou d'escroquerie. Aussi faut-il dire qu'ils ne présenteraient généralement qu'une surface trop modeste pour pouvoir rendre intéressante pour les plaignants une inculpation pénale doublée d'une constitution de partie civile réclamant dommages-intérêts. Il faut s'attendre à une recrudescence de la jurisprudence sous l'impulsion des décrets-lois de 1935. Non seulement la réglementation du commissariat et de son recrutement sont de nature à relever rapidement le niveau social de cette institution (à quoi l'on pourra objecter logiquement, au point de vue de la fréquence des procès en responsabilité pénale et civile, l'augmentation non moins certaine de la compétence et de la conscience professionnelle des intéressés), mais les cas de responsabilité pénale des administrateurs ont été notablement multipliés par les décrets-lois, et les hypothèses dans lesquelles la responsabilité pénale des commissaires peut se trouver engagée par application des règles de la complicité sont, de ce fait, bien plus nombreuses aujourd'hui.

#### SECTION PREMIÈRE. — DÉLIT D'ESCOQUERIE

257. — *L'article 405 du code pénal punit « quiconque, soit en faisant usage de faux noms ou de fausses qualités, soit en employant des manœuvres frauduleuses pour persuader l'existence de fausses entreprises, d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire, ou pour faire naître l'espérance ou la crainte d'un succès, d'un accident ou de tout autre événement chimérique, se fera remettre ou délivrer des fonds, des meubles ou des obligations, dispositions, billets, promesses, quittances ou décharges et aura par un de ces moyens escroqué ou tenté*

*d'escroquer la totalité ou partie de la fortune d'autrui* ». La peine consiste en un emprisonnement de un à cinq ans et une amende de 1.000 à 10.000 frs depuis le décret-loi de 1935 qui a considérablement aggravé les peines applicables. Elles sont portées jusqu'à dix années d'emprisonnement et 50.000 frs d'amende lorsque le délit a été commis par une personne « *ayant fait appel au public en vue d'une émission* ».

258. — Les possibilités d'application de ce texte aux commissaires ne sont jamais directes, mais toujours indirectes sous forme d'inculpation de complicité d'escroquerie ou de tentative. Elles peuvent être relativement variées.

Ecartons d'emblée le cas de « manœuvres frauduleuses pour persuader l'existence de fausses entreprises », c'est-à-dire l'escroquerie par la constitution de sociétés irrégulières ; le commissaire aux comptes n'a rien à y faire, il n'est nommé qu'après la constitution, sans y collaborer en sa dite qualité. Mais il peut avoir sciemment rendu possible l'escroquerie par voie d'augmentation du capital ou par souscription d'obligations ou bons de caisse ; il peut avoir contribué par son activité de commissaire à donner à une entreprise réelle une apparence fallacieuse dans un but frauduleux ; il peut avoir appuyé une publicité financière mensongère ou avoir favorisé la cotation fictive de titres en bourse. Nous n'ignorons point que ces délits sont partiellement prévus et réprimés par des lois spéciales, mais si les éléments exigés par l'art. 405 du Code pénal se trouvent réunis et permettent ainsi à l'inculpation d'établir un concours d'infractions, cette dernière a naturellement tendance à se prévaloir de l'art. 365 du Code d'instruction criminelle (« En cas de conviction de plusieurs crimes ou délits, la peine la plus forte sera seule prononcée ») pour demander l'application de la peine unique la plus élevée, qui est généralement celle prévue pour le délit d'escroquerie. Et même à égalité de peine, l'accusation peut avoir un avantage moral à rechercher une condamnation pour escroquerie, car la flétris-

sure s'attachant à ce terme semble plus grande que celle résultant d'une infraction à une loi spéciale concernant les sociétés.

Nous jugeons donc indispensable d'examiner les éléments de ce délit et la condition de complicité qui l'affecte.

**259.** — Pour qu'il y ait escroquerie, il faut la réunion des trois éléments suivants :

- 1° l'usage de certains moyens frauduleux;
- 2° la remise de fonds ou autres objets obtenue ou tout au moins recherchée;
- 3° l'intention frauduleuse.

Nous ne nous arrêterons pas sur la deuxième condition, la remise de fonds, tout en signalant que la jurisprudence applique une interprétation large de ce texte (par exemple remise faite à un tiers de bonne foi) et en soulignant également que la tentative d'escroquerie est punissable en elle-même. Nous n'aurons pas à nous occuper davantage de la troisième condition, l'intention frauduleuse, qui comporte à la fois chez l'auteur du délit la connaissance du caractère frauduleux des moyens employés et la volonté de se procurer un profit au détriment de la personne induite en erreur.

**260.** — Par contre, nous devons examiner d'une façon plus approfondie la première condition, l'usage de certains moyens frauduleux, en nous demandant tout particulièrement à quel degré un bilan faux ou un rapport de commissaire aux comptes erroné pourra constituer le moyen frauduleux exigé par la loi.

Jusqu'à une période récente, la production même consciente d'un relevé comptable ou bilan inexact ne pouvait juridiquement s'analyser que comme un mensonge écrit, sous condition toutefois qu'elle ne fût accompagnée d'aucun fait externe, d'aucune mise en scène ou intervention d'un tiers, constitutif de la « manœuvre frauduleuse » exigée pour qu'il y ait escro-



querie. (Cass. crim., 29 mars 1918; Cass. crim., 22 juin 1928) (1). M. Tchernoff (t. I N° 489) conclut que les manœuvres frauduleuses exigées ne peuvent se caractériser par de simples mensonges, même écrits. MM. Constantin et Gautrat (N°s 63 et 64) se rallient à cet avis et estiment que l'établissement d'un bilan faux ne constitue pas en lui-même une manœuvre frauduleuse dans le sens de l'art. 405 du Code pénal, mais tout au plus une infraction prévue et réprimée par l'article 15 de la loi de 1867, ce qui laisse les tiers sans protection, l'article 15 ne concernant que les souscripteurs aux titres de la société. MM. Rousselet et Patin (N° 504) s'élèvent contre cette manière de voir. Pour eux, « le bilan, pourvu qu'il s'agisse non d'un relevé des comptes, mais d'un bilan véritable émanant d'une société, approuvé par l'assemblée générale, n'est pas un simple mensonge écrit. C'est un document en quelque sorte officiel dont la rédaction a nécessité l'intervention de tiers qui en ont garanti l'authenticité, notamment celle du commissaire aux comptes, et dont la publication ou la présentation implique une mise en scène ». Personnellement, nous partageons l'avis de ces derniers auteurs, car, selon la théorie de la fonction institutionnelle, le bilan arrêté et vérifié d'une société anonyme n'est plus un simple écrit revisible, mais un document de base dont la falsification intentionnelle en vue de sa production à des tiers dans un but illégal constitue bien, nous semble-t-il, la « manœuvre frauduleuse » de l'article 405 du Code pénal. Nulle part, d'ailleurs, cet article n'exige l'intervention d'un tiers; le mot n'y figure pas; la jurisprudence et la doctrine ont changé la notion de la manœuvre frauduleuse pour proportionner les lourdes peines de l'escroquerie à l'importance, à la « puissance » du délit. Nous estimons qu'un bilan frauduleusement confectionné à l'intention de futures victimes est un fait suffisamment grave pour justifier l'application des peines de l'art. 405.

**261.** — Quoi qu'il en soit, la jurisprudence a abandonné timi-

---

(1) S. J. oct. 1928.

dement tout d'abord et de plus en plus délibérément ensuite la thèse du simple mensonge. La Cour de Douai (1), le tribunal correctionnel de la Seine ensuite (2) ont essayé de voir dans l'immixtion du commissaire aux comptes, faite de bonne ou de mauvaise foi, la manœuvre frauduleuse exigée par l'art. 405 du Code pénal, en lui attribuant le rôle du tiers intervenant, si cher à la doctrine. Le jugement du tribunal correctionnel de Paris fut confirmé le 7 mai 1934 par la Cour de Paris, après que la Cour de Cassation se fût elle-même prononcée par sa chambre criminelle le 4 août 1933 (3) en faveur de la nouvelle thèse. Fort de cette nouvelle orientation de la Cour suprême, le tribunal correctionnel de la Seine n'a pas hésité à formuler sans ambage la nouvelle théorie dans son jugement du 9 juillet 1934 (4), lors de l'affaire du Comptoir Lyon-Alemand : « Attendu que si, en droit pénal, la production d'un simple relevé comptable ne constitue qu'un simple mensonge écrit, il n'en est pas de même de la publication d'un bilan frauduleux qui, authentifié par des formalités légales, par l'intervention du commissaire aux comptes et par l'approbation des actionnaires à l'assemblée générale, constitue la mise en scène et la manœuvre caractéristique de l'escroquerie ».

Et ce jugement fut confirmé en termes analogues par la Cour d'Appel de Paris le 22 mai 1935.

Par conséquent, il semble acquis en ce moment qu'un bilan faux d'une société anonyme, produit dans un but frauduleux après son approbation par le commissaire et l'assemblée générale, constitue bien une manœuvre d'escroquerie. Peu importe si l'approbation du commissaire fut donnée de bonne ou de mauvaise foi pour juger l'auteur de l'escroquerie; mais seul le commissaire qui a agi de mauvaise foi et de concert avec l'ad-

---

(1) Douai, 18 avr. 1929 ; J. S. 1931.291 ; R. S. 1929.421.

(2) R. T. S. 1934.318.

(3) S. 33.I.159 ; G. P. 33.II.783 ; R. T. S. 1933.583.

(4) R. T. S. 1934.318.

ministrateur dans le même but frauduleux, peut être poursuivi comme complice en vertu de l'art. 60 du code pénal cité plus haut (V. N° 250). Aucun jugement n'a été encore rendu à l'égard d'un commissaire aux comptes. Par contre, une condamnation pour complicité d'escroquerie a été prononcée le 19 nov. 1932 par la 11<sup>e</sup> chambre du tribunal correctionnel de la Seine (1) contre un commissaire aux apports. De l'avis de toute la doctrine, il n'est pas douteux que cette décision intéresse également les commissaires aux comptes par raison d'analogie.

## SECTION 2. — ABUS DE CONFIANCE

**262.** — § 1. — *L'article 408 du Code pénal est ainsi conçu :*

*« Quiconque aura détourné ou dissipé au préjudice des propriétaires, possesseurs ou détenteurs, des effets, deniers, marchandises, billets, quittances ou tous autres écrits contenant ou opérant obligation ou décharge, qui ne lui auraient été remis qu'à titre de louage, de dépôt, de mandat, de nantissement, de prêt à usage ou pour un travail salarié ou non salarié à la charge de les rendre ou représenter, ou d'en faire un usage ou un emploi déterminé, sera puni des peines portées en l'art. 406 ».*

Les peines édictées par l'art. 406, modifiées par les décrets-lois de 1935 (nous tenons compte des modifications dans ce chapitre pour simplification, la question des peines ne touchant d'ailleurs pas le fond du problème), sont fort élevées : emprisonnement de deux mois à deux ans et amende de 1.000 à 10.000 frs, pouvant être élevée au delà de 10.000 frs jusqu'au quart des restitutions et des dommages-intérêts.

*« Si, continue l'art. 408 du Code pénal actuel, l'abus de con-*

---

(1) R. T. S. 1933.67.

*fiance a été commis par une personne faisant appel au public afin d'obtenir, soit pour son propre compte, soit comme directeur, administrateur ou agent d'une société ou d'une entreprise commerciale ou industrielle, la remise de fonds ou valeurs à titre de dépôt, de mandat ou de nantissement, la durée de l'emprisonnement pourra être portée à dix ans et l'amende à 50.000 frs. Si l'abus de confiance prévu et puni par le § 1 a été commis par un... homme de services à gages..., clerc, commis..., au préjudice de son maître, la peine sera celle de la réclusion ».*

**263.** — Il importe de remarquer que la société est seulement nommée d'une façon restrictive dans cet article 408, à savoir à l'occasion d'abus de confiance commis sous son couvert par son directeur ou administrateur. Or, elle peut très bien être elle-même victime d'un abus de confiance commis à son préjudice par le directeur. Dans le premier cas, elle sera probablement poursuivie par l'action civile jointe à l'action pénale; dans le deuxième cas, elle sera plaignante elle-même. Dans le premier cas, la responsabilité pénale du commissaire aux comptes pourra éventuellement se trouver engagée s'il a agi de concert avec l'administrateur et la société, dans le second cas s'il a agi de concert avec l'administrateur contre la société.

**264.** — § 2. — Mais puisque le commissaire peut être poursuivi comme complice d'un administrateur, nous avons intérêt à nous demander, en l'absence d'un texte pénal formel, de quelle façon l'article 408 peut trouver application à l'encontre d'un administrateur coupable vis-à-vis de la société, car *nulla paena sine lege* ! Pour la rendre possible, la doctrine et la jurisprudence ont eu recours au mandat. Ce mandat est consacré formellement par les dispositions de l'art. 22 § 1 de la loi du 24 juillet 1867 aux termes duquel « les sociétés anonymes sont administrées par un ou plusieurs mandataires à temps, révocables, salariés ou gratuits... ».



La conception du « mandat » correspond donc pleinement au texte même de la loi.

**265.** — Examinons rapidement les principales infractions reprochées aux administrateurs et directeurs des sociétés anonymes qui furent sanctionnées par les tribunaux répressifs. Les arrêts et jugements qui s'y rapportent sont tous dominés par l'idée que les administrateurs sont tenus par le mandat général d'administrer dans l'intérêt de la société et ne peuvent pas abusivement employer les fonds et le patrimoine de la société à des fins personnelles. Ainsi, l'administrateur qui prélève sur la caisse sociale, à titre personnel, des sommes qu'il fait porter à son débit, même ouvertement et sans les masquer, commet un abus de confiance, dès lors que son débit prend des proportions anormales. La jurisprudence n'a jamais varié dans son attitude à ce sujet et le trib. corr. de la Seine a affirmé avec force dans son jugement du 22 janv. 1925 (1), confirmé le 14 janv. 1926 par la Cour de Paris, « ...qu'il est de toute évidence que la liberté d'action de l'administrateur délégué d'une société est limitée à l'objet social; qu'il n'a jamais le droit d'employer les fonds autrement que dans l'intérêt même de la société et que cette obligation va de soi et découle en quelque sorte de la nature même des choses... ».

Le même cas s'est présenté d'une façon particulièrement délicate devant la chambre criminelle de la Cour de Cassation, puisqu'il s'agissait d'un institut bancaire dont le but, selon ses statuts mêmes, était, entre autres, celui d'ouvrir des crédits et de consentir des avances. La Cour suprême n'a pas hésité un instant et a ratifié le 14 nov. 1930 (2) la condamnation pour abus de confiance prononcée par le tribunal correctionnel d'Evreux.

L'abus de confiance se trouve consommé non seulement par le prélèvement de deniers sociaux fait directement dans la caisse

---

(1) R. S. 1926.343, G. T. 1<sup>er</sup> déc. 1925.

(2) S. J. 1931.106.

par l'administrateur, mais la chambre criminelle de la Cour de Cassation, par arrêt du 4 juin 1886 (1), a assimilé à cette opération les mouvements de fonds au profit d'autres sociétés dans lesquelles les administrateurs sont plus ou moins intéressés. Il en est de même, selon l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de Cassation du 31 mars 1933 (2), rendu sur pourvoi contre un arrêt de la Cour de Paris du 29 fév. 1932, d'un administrateur qui se fait attribuer, au moyen d'une comptabilité irrégulière, des gratifications ou des participations auxquelles il n'aurait aucun droit, ou encore d'un administrateur qui s'attribue indûment des appointements injustifiés (arrêt de la Cour de Paris du 27 avr. 1937). Commet de même un abus de confiance l'administrateur délégué d'une société anonyme qui accepte comme tels des effets de complaisance au profit de tiers amis ou parents, alors qu'il sait que ces effets ne pourront pas être retirés en temps utile de la circulation par ces derniers et qu'ils devront donc être finalement payés par la société (trib. corr. Seine 4 déc. 1925) (3).

Un jugement intéressant pour sa portée pratique fut également rendu le 17 janvier 1935 par le tribunal correctionnel de la Seine, condamnant un administrateur pour abus de confiance dans les termes suivants :

« Attendu que depuis 1929... il a prélevé dans les caisses sociales 450.983 frs pour rémunérer certains intermédiaires, lors de la conclusion des marchés passés au nom de la société; attendu que si ces « batchich » sont d'usage dans le commerce qu'il exerçait, cet usage ne le dispense pas d'en fournir tout au moins un compte... ». Sans insister sur le caractère honnête de telles pratiques que le tribunal est obligé de reconnaître comme étant d'usage dans le commerce en question et pour lesquelles aucune disposition légale, aucune flétrissure ne nous paraît trop grave, soulignons que la généralisation de la

---

(1) R. S. 1886.451 ; S. 1890.202 ; D. P. 88.II.55.

(2) J. S. 1933.529 ; G. P. 33.I.973.

(3) R. S. 1926.191 ; G. P. 26.I.373.

jurisprudence signalée, c'est-à-dire des poursuites et condamnations fréquentes, serait de nature à gêner considérablement ces saboteurs de la propreté des affaires qui ne tiennent pas du tout à être désignés dans les documents comptables de justification des dépenses.

Signalons encore un autre cas d'abus de confiance relativement fréquent, à savoir celui du détournement des fonds reçus des souscripteurs à une augmentation de capital par utilisation avant la régularisation de l'opération, de sorte que, si l'augmentation en définitive n'est pas réalisée, la restitution ne peut être opérée aux actionnaires (1).

Nous avons insisté quelque peu sur toute cette jurisprudence qui ne concerne directement que les administrateurs et les directeurs des sociétés anonymes, parce qu'il nous semble que les commissaires auront un intérêt tout particulier à porter leur attention sur les opérations signalées, afin de n'être point surpris de se voir éventuellement inculpés, très injustement d'ailleurs, mais néanmoins d'une façon très fâcheuse, de complicité. Mieux vaut en cette matière, comme en médecine, prévenir que guérir.

**266.** — Une autre question peut se poser maintenant : est-ce que l'approbation donnée à un administrateur-directeur par le conseil d'administration entier, soit avant ou après la réalisation de l'opération impliquant abus de confiance, est de nature à effacer la responsabilité pénale de l'auteur principal par une sorte d'excuse absolutoire ? La jurisprudence s'est toujours refusée à répondre d'une façon affirmative (V. arrêt Cour d'Appel de Paris du 16 mai 1936 (2) et la chambre criminelle de la Cour de Cassation 5 mars 1937) (3) et elle est approuvée par toute la doctrine (MM. Constantin-Gautrat, N° 109; Rousselet-Patin, N° 519). On peut dire avec M. Hom-

---

(1) Conf. Tchernoff, t. I, N° 634 ; Rousselet et Patin, N° 529.

(2) R. T. S. 1936.363.

(3) G. P. 37.II.69.

mev (1) que si le conseil d'administration avait approuvé les opérations en question, le résultat aurait été non pas de dégager la responsabilité de l'administrateur délégué, mais au contraire de rendre tous les membres du conseil d'administration coupables du délit reproché à celui-ci. Cette observation ne vaut, à notre avis, que pour une approbation préalable; une ratification postérieure, pour « entériner » l'affaire, ne saurait pas avoir l'effet de rendre les membres du conseil, ni co-auteurs, ni complices. Elle sera simplement nulle et inopérante car le conseil d'administration ne saurait pas valablement exercer un pouvoir qui ne lui appartient pas, ayant lui-même mission de gérer le patrimoine de la société exclusivement dans l'intérêt de cette dernière. Nous sommes à peu près d'accord avec MM. Rousselet et Patin qui disent (N° 519) : « L'autorisation de l'assemblée générale serait semblablement inopérante, car aucune assemblée générale ne peut autoriser les administrateurs à agir en dehors de l'intérêt social. Il en est ainsi d'autant plus que les administrateurs possèdent souvent la majorité au sein des assemblées générales ».

Seulement, sans insister particulièrement sur le dernier argument d'essence éminemment pratique mais sans valeur juridique, nous estimons qu'une assemblée générale, surtout si elle réunit la totalité du capital (ce qui arrive fréquemment dans les sociétés de petite et moyenne importance), peut très bien disposer de son patrimoine en dehors de l'intérêt social, c'est-à-dire de la société, et charger les administrateurs de l'exécution. Mais elle ne saurait pas le faire, ni au détriment de ses créanciers, ni au détriment du corps social (le fondement institutionnel de la société anonyme s'y opposant à notre avis), ce qui supposerait une intention frauduleuse.

**267.** — Cette intention frauduleuse est par ailleurs de l'essence même de l'abus de confiance; c'est un élément indispen-

---

(1) La resp. personnelle des administrateurs dans la gestion des S. A.,



sable du délit (Cass. crim. 4 avr. 1924 (1); Cass. crim. 23 avr. 1932) (2). La preuve de l'intention frauduleuse résulte généralement des procédés et des artifices employés et il appartient aux tribunaux de déduire l'intention frauduleuse des faits et circonstances de la cause, soit ouvertement, soit implicitement (Cass. crim. 20 juil. 1928) (3).

**268.** — Rappelons également que le texte de l'art. 408 précité (V. N° 262) qualifie de crime et le punit comme tel de la peine de réclusion, l'abus de confiance commis par un homme de service à gages, clerc, commis, etc..., au préjudice de son maître. Selon l'avis général de la doctrine, les administrateurs ne peuvent être assimilés aux catégories nommées, à moins qu'il ne s'ajoute à leur qualité de mandataires sociaux un contrat de louage de services, faisant d'eux de véritables employés. (MM. Tchernoff, t. I N° 632; Houpin et Bosvieux, t. I N° 864; Rousselet et Patin, N° 531; Pic, N° 1137; Lyon-Caen et Renault, t. II N° 297 *bis*; Copper-Royer, t. II, p. 268; note Thaller, D. P. 1902.1.5 ; note Roux, S. 1905.1.153). La jurisprudence s'est toujours prononcée timidement sans qu'il soit possible de tirer de ses décisions un argument péremptoire (Cass. crim. 22 août 1895 (4), 9 mai 1903 (5), 31 janv. 1924 (6), 24 juin 1937) (7). Seul le tribunal correctionnel de la Seine a formulé un avis net dans son jugement du 25 janv. 1906 (8), en proclamant que « l'administrateur d'une société anonyme, tout en étant mandataire salarié de la société qu'il dirige, n'a en réalité pas de maître et n'est pas dans l'état de dépendance et de subordination des domestiques, hommes de services à gages, clercs,

---

(1) D. P. 24.I.371 ; G. T. 25 juin 1924.

(2) G. P. 32.II.195.

(3) G. P. 28.II.641.

(4) D. H. 97.428.

(5) S. 1905.I.153 ; R. S. 1904.55.

(6) R. S. 1924.202.

(7) Rev. Sp. 1938.173.

(8) R. S. 1906.108.

commis ou autres personnes formant la catégorie de justiciables visés par le paragraphe 2 de l'article 408 ».

Il peut paraître surprenant qu'en face d'un texte de la loi aussi ferme, la solution inverse a pu être soutenue par une partie de la doctrine, notamment par MM. Garraud (1) et Leblond (2). Nous croyons que ces auteurs ont avant tout eu le souci de la justice, car il n'est pas équitable que la rigueur de la peine criminelle menace les subordonnés tandis que les administrateurs, moralement plus coupables encore, ne sont menacés que de poursuites correctionnelles. A notre avis, il ne faudrait cependant pas chercher un nivellement par en haut, mais par en bas, c'est-à-dire il faudrait, conformément à une pratique courante des parquets, « correctionnaliser » également l'abus de confiance des personnes subordonnées, ceci par la voie légale. Depuis que la limite des peines a été portée à 10 ans de prison et 50.000 frs d'amende, les juges disposent de sanctions suffisamment graves pour qu'il ne soit pas nécessaire d'avoir recours aux peines prévues pour la catégorie des crimes.

**269.** — Quant aux commissaires, leur fonction auprès de la société contrôlée n'a jamais revêtu le lien de dépendance et de subordination requis par l'art. 408 du Code pénal pour pouvoir justifier à leur égard une inculpation d'abus de confiance « qualifié ». Une telle inculpation, comme toute poursuite du commissaire sur la base de l'art. 408, n'est d'ailleurs possible qu'en qualité de complice. Le complice est celui qui a sciemment aidé ou assisté l'auteur de l'action dans les faits qui ont préparé ou facilité ou consommé l'abus de confiance. Deux conditions seront donc nécessaires pour que, pratiquement, la culpabilité du commissaire en qualité de complice soit retenue : il faut qu'il ait eu connaissance de la manœuvre projetée par l'administrateur avant son exécution ou au moment même de

---

(1) Rec. Jud. Soc., 1925.261 et svts.

(2) J. S. 1934.337.

celle-ci, et qu'il ne l'ait pas empêchée ou dénoncée, cela dans une intention frauduleuse. La pensée de M. Masson (N° 259) que « la complicité d'abus de confiance eût pu se concevoir pour un commissaire taisant intentionnellement les détournements d'un administrateur-directeur » n'est donc justifiée que sous la condition qu'il s'agisse du stade préparatoire ou de l'exécution même de l'abus de confiance. Le délit consommé, aucune complicité ne peut s'y greffer rétroactivement. La responsabilité pénale du commissaire se trouverait alors engagée par le nouveau texte de l'art. 15 de la loi de 1867 que nous aurons à étudier plus loin en examinant dans le chapitre 2 les délits spéciaux créés par les décrets-lois de 1935.

**270.** — Mentionnons ici que ces décrets-lois ont apporté à la répression des abus de confiance commis par les administrateurs de sociétés une extension fort heureuse. Nous avons établi plus haut (V. N° 264) la difficulté d'adaptation de l'art. 408 du Code pénal en matière des sociétés, difficulté qui a été vaincue dans sa plus grande partie par l'introduction de la notion du mandat social, dont l'administrateur se trouve chargé. C'est ainsi que la jurisprudence a pu placer les administrateurs sous le coup de l'art. 408 du Code pénal. Cependant, certains agissements, quoique blâmables, ne présentaient pas le caractère légal de détournements ou d'abus de confiance et demeuraient impunis. Le législateur a donc fort bien été inspiré en créant par les paragraphes 6° et 7° de l'art. 15, modifié par les décrets-lois du 8 août 1935, des délits nouveaux dans les termes suivants : « *Sont punis des peines portées à l'art. 405 du Code pénal... 6°) les gérants qui, de mauvaise foi, ont fait des biens ou des crédits de la société un usage qu'ils savaient contraire à l'intérêt de celle-ci, dans un but personnel ou pour favoriser une autre société dans laquelle ils étaient intéressés directement ou indirectement ; 7°) les gérants qui, de mauvaise foi, ont fait des pouvoirs qu'ils possédaient, ou des voix dont ils disposaient en cette qualité, un usage qu'ils sa-*

*vaient contraire aux intérêts de la société dans laquelle ils étaient intéressés d'une manière quelconque.»*

Ces dispositions permettront désormais aux magistrats une plus grande liberté dans les poursuites et à la jurisprudence la répression de tous les agissements infidèles des dirigeants de sociétés, sans qu'il y ait lieu de viser l'art. 408 du Code pénal et de torturer quelque peu son interprétation.

**271.** — Mentionnons également que, contrairement à l'art. 405 du Code pénal relatif au délit d'escroquerie, l'art. 408 ne fait aucune allusion à la tentative d'abus de confiance ; d'ailleurs on conçoit mal un détournement ou une dissipation dans son stade de tentative. Il est de la nature de ce délit d'exister seulement sous forme de délit consommé, ce qui n'exclut pas certains préparatifs et prises de dispositions, ne serait-ce qu'en vue de le rendre plus facile, plus fructueux ou de le masquer. Mais ces préparatifs ne peuvent pas être considérés comme une véritable tentative.

**272.** — § 3. — Nous avons envisagé dans le § 2 le cas de la société anonyme victime de la manœuvre d'un administrateur. Or, comme nous l'avons fait ressortir dans le § 1, le cas inverse peut se présenter et c'est même celui qui est prévu littéralement par le nouveau texte de l'art. 408 du Code pénal. La société, au lieu d'être victime, a servi d'instrument, de prête-nom aux administrateurs pour réaliser leurs opérations malhonnêtes et le délit d'abus de confiance a été commis, en apparence tout au moins, au profit de la société. Dans ce cas, l'être moral étant pénalement irresponsable, celui de ses agents qui a commis l'acte sera personnellement condamné. (V. trib. corr. Seine, 5 fév. 1925) (1).

**273.** — Dans ce cas, comme dans l'autre, on ne peut difficilement s'imaginer une responsabilité pénale du commissaire

---

(1) Petit Capitaliste, déc. 1925.



aux comptes, autrement que sous forme de complicité. C'est, par exemple, l'hypothèse de la banque qui, ayant besoin de fonds pour alimenter sa caisse, n'hésite pas à vendre des titres qui lui sont confiés en dépôt pour conservation, ceci avec l'approbation expresse du commissaire qui a été consulté lors d'une de ses tournées de contrôle. Son cas se présentera d'autant plus gravement que cette approbation a été obtenue peut-être moyennant finance ou autre avantage direct ou indirect. Sans doute, sa responsabilité pénale ne peut pas être engagée comme co-auteur du délit ; le client de la banque ne lui a rien confié en dépôt et il n'est pas chargé de la gérance de la société ; mais sans doute aussi avait-il le devoir d'éviter en temps utile l'infraction dont il a eu connaissance et d'user de toute son autorité pour empêcher la manœuvre délictueuse. Il peut y parvenir d'autant plus facilement que l'art. 34 du décret-loi du 8 août 1935 lui impose l'obligation de dénoncer le délit au Procureur de la République, si les administrateurs devaient passer outre à son avertissement.

Ces hypothèses de complicité du commissaire peuvent être multipliées ; mais elles reviennent toujours au même exemple-type donné, à savoir : approbation tacite ou expresse d'une manœuvre d'abus de confiance en cours par le commissaire qui n'ignore pas le caractère délictueux de l'opération. Nous n'y insisterons donc pas davantage.

### SECTION 3. — DÉLIT DE DIFFAMATION

**274.** — Le commissaire aux comptes doit, dans son rapport, faire preuve de tact et de modération ; ses critiques doivent être exposées objectivement et sans haine ; il doit s'abstenir de toute allusion ou insinuation qui se trouve en dehors du cercle de ses fonctions censoriales proprement dites. S'il n'obéit pas à cette règle élémentaire, s'il se laisse entraîner dans son

rapport écrit ou dans ses explications verbales à des imputations calomnieuses et outrageantes contre les administrateurs ou des tiers, il s'expose aux sanctions édictées par la loi sur la presse du 29 juillet 1881. Cette loi, en effet, punit dans son *article 32* « d'un emprisonnement de 5 jours à 6 mois et d'une amende de 5 frs à 2.000 frs ou de l'une de ces deux peines seulement » la diffamation commise envers les particuliers » au moyen de « discours, cris ou menaces proférés dans des lieux ou réunions publics » ou « par écrits, imprimés vendus, distribués ou exposés dans des lieux de réunions publics ». L'article 33 de cette loi précise que « l'injure commise de la même manière envers des particuliers, lorsqu'elle n'aura pas été précédée de provocation, sera punie d'un emprisonnement de cinq jours à deux mois et d'une amende de 16 frs à 300 frs ou de l'une de ces deux peines seulement ».

**275.** — MM. Houpin et Bosvieux (t. II, N° 1.111) estiment que « des critiques inexactes et trop vives » sont déjà de nature à engager la responsabilité civile et parfois la responsabilité pénale du commissaire. Nous estimons que, pour être pénalement répréhensible, la critique « inexacte » doit être faite en toute connaissance de cause et dans un but manifestement malveillant, en constituant dans son ensemble une atteinte grave à l'honneur ou à la réputation de la personne visée. Car il faut laisser au commissaire une certaine liberté de paroles et la vivacité de ses critiques n'est souvent que l'expression de son tempérament ou de son indignation. Les tribunaux auront à tenir compte dans leur appréciation des faits et circonstances de la cause et de la température « fièvre » des assemblées générales qui auront à s'occuper des critiques exprimées. Il ne faut pas, certainement, que le commissaire puisse se laisser entraîner impunément à des paroles injurieuses ou diffamatoires ; mais il ne faut pas non plus qu'il se sente muselé et guetté d'avance par des administrateurs improbables qui sont passés maîtres dans l'art d'indigner les honnêtes gens. Le Trib. corr.

de Bruxelles a donc très bien jugé, le 19 mars 1900 (1), en déclarant que les commissaires ne se rendent pas coupables du délit de diffamation s'ils n'ont pas agi dans une intention malveillante, mais avec le désir de remplir minutieusement leur mandat.

**276.** — Il faut nous arrêter maintenant un instant au paragraphe 2 de l'art. 35 de la dite loi du 29 juillet 1881. Ce paragraphe décide que la vérité des imputations diffamatoires et injurieuses pourra être établie *« contre les directeurs et administrateurs de toute entreprise industrielle, commerciale ou financière, faisant publiquement appel à l'épargne ou au crédit, alors qu'une telle preuve n'est point recevable lorsqu'il s'agit de simples particuliers »*. Ceci veut donc dire que l'auteur d'une diffamation n'encourt aucune peine s'il rapporte la preuve des faits diffamatoires avancés, sous condition que la critique s'adresse à une des personnes visées par le texte. Celui-ci parle des entreprises, faisant publiquement appel à l'épargne ou au crédit. Les commissaires jouissent ainsi d'une grande liberté à l'égard des personnes désignées par cet article 35 sans qu'on puisse leur recommander d'en user, d'abord pour une raison juridique qui est celle de la difficulté fort souvent grande d'établir les preuves absolues, ensuite pour une raison de bienséance. Les meilleures critiques sont les critiques objectives ; *« Furor corrumpit omnia »* pourrait-on dire.

**277.** — Il faut également envisager le cas inverse. En effet, il se peut que ce soit le commissaire qui est attaqué par un administrateur ou un membre de l'assemblée générale sous une forme injurieuse et diffamatoire. Dans ce cas, la vérité des imputations diffamatoires peut-elle être établie à l'encontre du commissaire visé ? Certainement non, car l'énumération faite dans le paragraphe 2 de l'art. 35 est limitative et ne concerne

---

(1) J. S. 1901.334.

que les personnes directement chargées de la gérance des sociétés. Cette solution a été successivement affirmée dans la même affaire par le Trib. corr. de Versailles le 16 nov. 1895 (1), la Cour d'appel de Paris le 19 fév. 1896 (2) et par la Chambre crim. de la Cour de cassation le 3 juil. 1896 (3).

La Cour suprême a jugé dans ces termes :

« Attendu que les commissaires de surveillance sont exclusivement chargés de contrôler les personnes de la société auprès de laquelle ils exercent leurs fonctions ; que, quelque importante que soit leur mission, ils sont cependant entièrement étrangers à la gestion de la société et qu'ils ne sauraient dès lors être soumis à une preuve que la loi n'autorise que contre les directeurs ou administrateurs d'une entreprise. »

Voilà qui est formel et même fort bien jugé au point de vue du droit strict, et les commissaires aux comptes ne sauraient donc pas être injuriés ou diffamés impunément.

Au point de vue pratique, on peut cependant se demander s'il faut approuver que la loi mette ainsi à l'abri sans distinction aucune les bons commissaires aux comptes et les mauvais, même si ces derniers ont agi d'une façon malhonnête et si l'accusateur a mille fois raison et peut fournir des preuves à l'appui de ce qu'il avance. Personnellement, nous sommes toujours enclins à trouver naturel qu'on puisse appeler un chien un chien et un coquin un coquin, sous condition bien entendu qu'on soit en mesure de prouver le bien-fondé de cette qualification.

#### SECTION 4. — DÉLIT DE PUBLICATION DE FAITS FAUX

**278.** — Aux termes du § 2 de l'art. 15 de la loi du 24 juil. 1867 (qui était avant les décrets-lois de 1935 le § 1 de cet article) sont punis des peines prévues à l'art. 405 du Code pénal,

---

(1) R. S. 1896.67 ; G. P. 95.II.679 ; D. P. 97.I.81.

(2) D. P. 97.I.81

(3) D. P. 97.I.82 ; S. 96.I.429 ; G. P. 96.II.591.



c'est-à-dire celles qui frappent le délit d'escroquerie, « *ceux qui, par simulation de souscriptions ou de versements ou par publication, faite de mauvaise foi, de souscriptions ou de versements qui n'existent pas ou de tous autres faits faux, ont obtenu ou tenté d'obtenir des souscriptions ou des versements* ».

279. — On doit se demander tout de suite, s'il n'y a pas similitude soit avec le délit d'escroquerie de l'art. 405 du Code pénal que nous avons étudié dans la première section de ce chapitre, soit, depuis les décrets-lois de 1935, avec le délit de présentation ou de publication d'un bilan inexact (§ 5 de l'art. 15) ou le délit d'information mensongère (art. 34 de la loi de 1867). Examinons tout d'abord ces questions.

Quant au délit d'escroquerie, la question est assez délicate. Il est certain que l'art. 15 ne peut que concerner un fait compris dans la sphère des souscriptions et des versements accompagnés d'une simulation ou d'une publication, comme, par exemple, la remise d'un document isolé à une personne avec qui l'on traite en vue d'une souscription. Les possibilités d'application sont donc sensiblement plus larges pour l'art. 405 du Code pénal. Ensuite, il est certain qu'aux termes mêmes de cet article, l'escroquerie exige « une manœuvre frauduleuse » tandis que l'art. 15 ne parle que de « faits faux ».

Bien que nous rejetions (V. N° 260) avec la tendance récente de la jurisprudence la nécessité d'une intervention d'un tiers dans la manœuvre d'escroquerie, nous pensons qu'il est manifeste par la comparaison des textes légaux, que l'art. 405 est plus exigeant que l'art. 15. L'escroquerie exige pour le moins des allégations mensongères étayées par une mise en scène, tandis que l'art. 15 envisage le simple mensonge individuel sous la seule condition qu'il ait fait l'objet d'une publication. L'art. 15 permet donc à son tour de poursuivre des faits qui échappent à la répression de l'art. 405. Ensuite, il faut entendre par « faits faux » (et nous aurons à y revenir plus loin) des faits dont, selon l'avis de MM. Constantin et Gautrat (N° 300)

que nous partageons, la « fausseté existe déjà au moment de leur énonciation », ce qui exclut du domaine de l'art. 15 tout fait futur. La Cour de Paris a eu ainsi recours le 2 déc. 1922 (1) à l'art. 405 à la place de l'art. 15 en considérant qu'il était impossible de dire que le fait incriminé avait été matériellement faux au moment de son énonciation.

La jurisprudence ne fait cependant pas toujours la distinction nécessaire entre l'article 405 du Code pénal et l'art. 15 de la loi de 1867, et elle tend à appliquer parfois l'un ou l'autre texte (Cass. crim. 10 mars 1928) (2). Parfois, elle les applique cumulativement (trib. corr. Seine 3 juil. 1902) (3). Mais étant donné l'identité des peines édictées, ce chevauchement a plutôt une importance théorique que pratique.

**280.** — Quant à la distinction entre le délit de publication de faits faux et le délit de présentation ou de publication d'un bilan inexact prévu par le § 5 de l'art. 15, ce dernier est, comme le délit d'escroquerie, d'une portée à la fois plus large et plus restreinte que le délit du § 2 que nous étudions dans cette quatrième section. Tandis que le délit de faits faux ne peut se commettre qu'à l'occasion d'une souscription ou d'un versement (V. la portée de ces expressions plus loin, N<sup>o</sup> 282), le bilan inexact peut servir frauduleusement dans de très multiples circonstances. Par contre, tout fait faux peut donner lieu à l'inculpation prévue par le § 2, parmi lesquels il faut également envisager, cela va sans dire, le bilan inexact. Chacun des deux paragraphes a donc son domaine et son application propres, le § 2 celui des faits quelconques commis à l'occasion des souscriptions et des versements, le § 3 uniquement celui du bilan sciemment inexact produit pour des fins frauduleuses.

**281.** — Il nous reste à étudier le double emploi éventuel du

---

(1) R. S. 1923.549 ; G. T. 7 janv. 1923 ; J. S. 1923.397.

(2) G. P. 28.I.572 ; R. S. 1928.2223 ; J. S. 1928.653 ; D. H. 1928.289.

(3) G. P. 1902.II.349 ; J. S. 1903.137.

§ 2 de l'art. 15 avec le délit d'information mensongère du nouvel art. 34 de la loi de 1867. Une distinction fondamentale est faite par la loi elle-même ; tandis que le § 2, de par la structure même de son texte, ne peut concerner que les administrateurs, gérants et dirigeants de sociétés, l'application de l'art. 34 est réservée aux commissaires. Ils figurent donc dans les inculpations basées sur l'art. 34 comme auteur principal de l'infraction. Ensuite, et le texte de la loi l'indique clairement, le § 2 de l'art. 15 ne concerne que les opérations de souscription et de versement, tandis que l'art. 34 vise toute information mensongère donnée à n'importe quelle occasion que ce soit.

**282.** — Disons également un mot au sujet de l'expression « versement » dont le § 2 fait usage à trois reprises en l'accollant au terme de « souscription ». Il n'est pas douteux et il n'a jamais été mis en discussion, ni en doctrine ni en jurisprudence, que le mot versement n'est pas à prendre dans son sens général, désignant une remise de fonds quelconque, mais qu'il signifie dans l'art. 15 uniquement un versement fait en vue d'appuyer une souscription de titres d'une société ou fait en exécution d'une souscription préalable. Le texte du § 2 de l'art. 15 a, en effet, pour objet d'assurer la sincérité des opérations par lesquelles une société en voie de formation ou d'extension réunit son capital. Il est inapplicable, en conséquence, toutes les fois que les publications de faits faux ont eu pour résultat d'obtenir des engagements ou des versements étrangers à la constitution même du capital, tels que prêts, remises en compte courant, etc...

M. Tchernoff dit (t. I, N<sup>o</sup> 353) à ce sujet : « Qui dit souscription, dit engagement de contribuer à la constitution de la société pour une somme déterminée. Qui dit versement, dit décaissement d'une somme augmentant effectivement pour une fraction déterminée le capital ».

**283.** — Après ces discriminations et distinctions de principe,

il faut examiner rapidement les éléments constitutifs du délit de publication de faits faux. La simple lecture du § 2 de l'art. 15 montre clairement que trois éléments essentiels sont requis :

1° l'élément matériel de la publication d'un fait faux (nous ne nous occuperons pas de l'autre hypothèse visée par le § 2, la simulation de souscription ou de versement, dans laquelle le commissaire aux comptes ne saurait être inculpé) ;

2° l'élément intentionnel de la mauvaise foi, et

3° la poursuite d'un but précis qui est l'obtention de nouvelles souscriptions ou de nouveaux versements.

Nous n'aurons pas à nous occuper d'une façon plus détaillée de l'élément intentionnel, la mauvaise foi de l'auteur de l'infraction, requis par le texte même du § 2. Signalons tout simplement avec MM. Constantin et Gautrat (N° 309) que la mauvaise foi doit être double, puisqu'elle doit exister aussi bien dans la connaissance de la fausseté des faits publiés que dans l'intention frauduleuse d'obtenir, grâce au mensonge produit, de nouvelles souscriptions ou de nouveaux versements.

Mais nous aurons à examiner plus longuement la portée des termes de « faits faux » et de « publication » employés par la loi.

**284.** — Quant à l'expression « tous autres faits faux », il faut lui donner une interprétation très large. Le législateur a voulu punir d'une façon spéciale l'emploi de mensonges de toute espèce dont peuvent se servir les lanceurs d'affaires et dirigeants de sociétés pour attirer la confiance du public que l'expérience avait démontré comme étant d'une crédulité vraiment tentante. Il faut se rappeler à ce sujet que le droit commun ne punit généralement pas le mensonge, s'il n'est pas accompagné de manœuvres frauduleuses. Est-ce à dire que tout mensonge publié à l'occasion d'une recherche de capitaux sous forme de simulation de souscription ou de versement entraîne nécessairement des sanctions ? Nous ne le croyons pas et nous pensons avec MM. Constantin - Gautrat (N° 300)



que les faits mensongers publiés doivent être suffisamment graves et de nature à provoquer des souscriptions ou des versements qui, sans eux, ne se seraient pas produits. L'appréciation de la gravité est donc fonction de la relation plus ou moins déterminante entre la cause et l'effet. La jurisprudence a d'ailleurs admis cette manière de voir dans de nombreuses décisions : Paris, 11 août 1891 (1) ; Aix, 23 juin 1904 (2) ; Trib. com. Nantes, 4 avr. 1906 (3) ; Lyon, 24 janv. 1913 (4). Elle a notamment déclaré que les indications d'un prospectus « ne dépassant pas les appréciations favorables énoncées d'ordinaire dans des documents de cette nature » ne tombent pas sous le coup de la loi.

**285.** — M. Copper-Royer (t. II, N° 227) propose un critérium non point objectif, mais subjectif. Il estime qu'il faut appliquer les art. 1.641 et 1.642 du Code civil sur les vices rédhibitoires, de sorte que tous les « gros mensonges apparents, dont le souscripteur aurait pu par lui-même découvrir le caractère fallacieux, échapperaient à la répression ». Nous ne croyons pas que le législateur ait voulu se référer implicitement aux art. 1.641 et 1.642 du Code civil ; rien ne permet de soutenir cette opinion et la loi interdit au contraire, en termes très larges, la publication de tous faits faux. Nous estimons avec MM. Rousselet et Patin (N° 199) que l'intention du législateur est de proscrire en matière de souscription et de versement d'une manière totale et absolue, l'emploi du mensonge. Il en a été toujours jugé dans cet esprit d'interprétation.

**286.** — Aussi, point n'est besoin que le fait faux porte sur un fait matériel, il peut porter sur une considération d'ordre juridique, telle que l'affirmation que la société est régulièrement constituée. La Cour de Paris l'a déclaré formellement dans son

---

(1) R. S. 1891.484.

(2) J. S. 1905.316.

(3) J. S. 1907.228.

(4) J. S. 1915.194.

arrêt du 15 mai 1935 (1). Considérant « que dire et affirmer que le capital social a été intégralement souscrit, en précisant que les actions l'avaient été toutes en numéraires, est bien une allégation fausse et mensongère, constitutive du délit de l'art. 15 de la loi du 24 juil. 1867 ».

Le fait faux peut également porter sur les prétendues garanties qui seraient accordées par la société aux souscripteurs (Cass. crim., 7 août 1934) (2), (Cass. crim., 30 juil. 1937) (3), ou tout autre élément affirmant la prospérité actuelle ou prochaine de la société. Toutefois, il faut que la publication ait porté sur un fait précis et non sur une opinion, une appréciation plus ou moins élogieuse ou une simple prévision (à moins qu'il ne s'agisse de prétendues prévisions qui ne seraient ni raisonnables ni normales), car toute affaire commerciale comporte une certaine base d'espérance et de spéculation. (Conf. MM. Houpin et Bosvieux, t. I, N° 852). Mais en échappant à l'application de l'art. 15 de la loi de 1867, la prévision fausse publiée dans un but fallacieux peut éventuellement être retenue comme constitutive du délit d'escroquerie si elle s'accompagne de manœuvres frauduleuses dans le sens de l'art. 405 du Code pénal (V. N°s 257 svts).

Bien entendu, l'art. 15 trouve son application dès lors qu'il ne s'agit plus d'une prévision ou appréciation future, mais d'un fait précis devant se réaliser avec certitude, telle que l'annonce d'une cotation prochaine en bourse (Conf. Tchernoff, t. II, N° 80).

**287.** — Que faut-il décider quant à la publication d'un bilan inexact en vue de la réalisation d'une augmentation de capital ou d'une émission d'obligations ou de bons de caisse ? Faisons abstraction des prescriptions du § 5 de l'art. 15 de la loi de 1867 qui crée un délit spécial de publication ou de présentation

---

(1) R. T. S. 1935.357.

(2) D. H. 1934.477 ; G. P. 34.II.577.

(3) R. T. S. 1937.459 ; G. P. 37.II.753.

aux actionnaires d'un bilan inexact et que nous aurons à étudier plus loin (V. N°s 425 svts), ce § 5, nous l'avons vu (V. N° 280) est d'une portée plus large que le § 2 qui se rattache uniquement aux opérations de souscription et de versement. Sans vouloir examiner ici la théorie du bilan inexact, qui sera l'objet d'une étude d'ensemble (V. N°s 425 svts), disons dès maintenant, que la jurisprudence a toujours considéré la publication d'un bilan inexact en vue d'induire le public en erreur comme un fait faux sanctionné par le § 2 de l'art. 15. Le trib. corr. de la Seine a très bien fait ressortir dans son jugement du 9 juil. 1934 (1) que le bilan ne sert pas seulement à rendre compte aux actionnaires de la situation de la société et à leur permettre de répartir des bénéfices, mais il a aussi pour raison d'être essentielle, de « faire connaître aux tiers la situation exacte, active et passive, de la société ».

Citons également parmi les décisions récentes de la jurisprudence, celles du trib. corr. de la Seine du 4 juin 1923 (2), du 5 mai 1928 (3) et du 16 juin 1934 (4), ainsi que l'arrêt de la Cour de Cassation, chambre criminelle, du 16 juin 1934 (5). Les Cours et tribunaux n'ont jamais varié dans leur manière de voir en ce qui concerne l'emploi d'un faux bilan afin de recueillir des souscriptions et versements, se mettant ainsi en opposition avec leur jurisprudence générale, trop longtemps maintenue et abandonnée maintenant timidement, qui considérerait le faux bilan comme un simple mensonge non susceptible de sanctions pénales en dehors de l'art. 405 du Code pénal (délit d'escroquerie) exigeant comme élément supplémentaire une mise en scène et l'intervention d'un tiers.

**288.** — Quant à l'expression « publication » dont la loi fait usage, la question s'est posée de savoir s'il faut lui donner

---

(1) R. T. S. 1934.318.

(2) J. S. 1923.509 ; G. P. 23.II.127 ; S. 24.II.41 (note P. Esmein).

(3) R. S. 1928.385 ; G. T. 22 mai 1928.

(4) R. T. S. 1934.308.

(5) R. S. 1935.159 ; G. P. 34.II.434.

une interprétation large ou restreinte. La première façon de voir l'emporte en doctrine et en jurisprudence. MM. Constantin et Gautrat estiment (N° 299) « qu'il convient de prendre le mot « publier » dans son sens étymologique : porter une chose à la connaissance du public, quel que soit le mode de publication employé ». MM. Rousselet et Patin (N° 204) approuvent en englobant dans l'énumération des moyens applicables pour réaliser la publication dans le sens de la loi, également le simple discours ou propos tenus dans des assemblées générales ou en dehors de ces assemblées. Ils s'appuient dans cet avis sur un arrêt de la Cour de Paris du 18 mars 1887 (1) qui précise « qu'en raison des termes généraux employés par le législateur, le mot publication doit être pris dans son sens le plus large et s'appliquer à tous les procédés, même oraux, permettant de porter un fait à la connaissance du public ». Parmi ces procédés figure en première ligne la publication obligatoire dans le *Bulletin des Annonces légales*, imposée par la loi du 30 janvier 1907, à toute société faisant appel au public, d'une notice contenant les renseignements essentiels sur la société, sa situation et l'émission projetée. Par conséquent, toute fausse indication insérée dans ce bulletin, spécialement toute inexactitude du bilan, donne lieu le cas échéant, à l'application des sanctions du § 2 de l'art. 15 que nous étudions.

**289.** — Il faut se demander également si la publication de faits faux doit être nécessairement relative à des actions ou si l'on peut y assimiler celle relative aux obligations. Question délicate, qui a été vivement discutée, surtout en doctrine. MM. Lyon-Caen et Renault (t. II, N° 805) estiment avec M. Pic (t. II, N° 1071) que l'article 15 ne vise pas les émissions d'obligations. MM. Constantin-Gautrat (N° 317), tout en s'inclinant devant l'argumentation doctrinale, approuvent la jurisprudence qui, aujourd'hui, a fermement adopté la solution de l'extension aux obligations. Le raisonnement jurisprudentiel se

---

(1) G. P. 87.I.395 ; R. S. 1887.195 ; J. S. 1890.207 ; D. P. 88.II.137.



trouve résumé dans un arrêt de la Cour de Cassation du 29 avril 1887 (1) : « Attendu que cette disposition est générale et absolue et s'applique aussi bien aux souscriptions d'obligations (1) qu'aux souscripteurs d'actions, que les uns et les autres étant exposés aux entreprises de la fraude, l'esprit de la loi de 1867, d'accord avec la généralité de ses termes, est de leur assurer contre ces entreprises la même protection exceptionnelle ».

La Cour de Cassation invoque donc à l'appui de sa solution les termes généraux et absolus de l'art. 15 qui ne distingue pas ; pourquoi, d'ailleurs, la loi aurait-elle fait une distinction ? Les dangers ne sont-ils pas les mêmes, qu'il s'agisse d'actions ou d'obligations ? Et les obligataires n'ont-ils pas droit à la protection aussi bien que les actionnaires, et peut-être même davantage, puisque le potentiel de risque inhérent aux actions, titre spéculatif en quelque sorte, est plus grand que celui qui s'attache à l'obligation, titre de placement ?

On répond à ce raisonnement que, sans doute, l'art. 15 est conçu en termes généraux et vagues. Mais leur sens doit être déterminé par la contexture générale de la loi et l'examen des autres dispositions ; on ne doit jamais isoler une prescription légale et l'interpréter sans se préoccuper de ce qui l'entoure. Or, si l'on parcourt l'ensemble de la loi de 1867, telle que le législateur l'a conçue et réalisée, on constate qu'elle ne s'est pas préoccupée de la situation des obligataires ; elle n'a eu en vue que les actionnaires, laissant les souscripteurs d'obligations sous la législation du droit commun. La disposition de l'art. 15 n'ayant rien précisé, il est logique de l'interpréter dans le sens général de la loi. L'examen des travaux préparatoires conduit également à cette solution. Le délit prévu par l'art. 15 § 2 était déjà réprimé par la loi de 1856. Or, rien ne porte à croire que le législateur de 1867 ait voulu changer le sens de

---

(1) S. 87.I.393, note Lyon-Caen ; J. S. 1887.561.

(2) La Cour Suprême fait ainsi une pétition de principe et prouve la question par la question.

l'art. 15 en l'empruntant à la loi de 1856 où il ne concerne manifestement que les actions. D'ailleurs, ne l'oublions pas, nous sommes en matière pénale, où tout est de droit strict et doit s'interpréter, en cas de doute, en faveur de l'inculpé; or, ici on a d'autant plus de raisons de ne pas étendre, par analogie, la pénalité à des cas non expressément prévus par la loi, que les sanctions édictées par l'art. 15 sont plus rigoureuses que celles du droit commun.

Telles sont les deux thèses en présence : l'une s'autorisant d'un intérêt pratique pour compléter une disposition législative, l'autre voulant que le juge reste strictement dans son rôle, qui est d'appliquer la loi telle qu'elle est, se contentant d'appeler de ses vœux les réformes législatives, sans les devancer.

La solution de la jurisprudence nous paraît critiquable en droit, vu les textes en vigueur; mais nous ne pouvons nous empêcher de reconnaître qu'elle est parfaitement conforme à l'équité; l'étude des décisions des tribunaux nous montre que les abus sont presque aussi grands en matière d'obligations qu'en matière d'actions; or, la protection doit être la même là où les intérêts en jeu étant semblables sont menacés par les mêmes fraudes.

**290.** — Rappelons également que le § 2 de l'art. 15 punit non seulement le délit accompli, c'est-à-dire l'obtention effective de souscriptions ou de versement au moyen de publications de faits faux, mais encore la tentative d'obtention. Le texte légal ne prête à aucune discussion. Ceci peut être intéressant pour les commissaires qui devront intervenir dès qu'une tentative de délit de ce genre est portée à leur connaissance.

**291.** — Car, ne l'oublions pas, le commissaire aux comptes est hautement intéressé à toutes les prescriptions de ce § 2 de l'art. 15 de la loi du 24 juillet 1867, tout d'abord parce que sa responsabilité civile peut être gravement engagée s'il n'a

ni découvert ni empêché, par négligence ou manque de vérification, les délits des administrateurs ou directeurs (V. N° 101), ensuite parce que sa responsabilité pénale est certaine s'il ne les a pas dénoncés au Procureur de la République conformément à l'obligation légale qui lui est imposée par le nouvel article 34 de la loi de 1867 (V. N° 395), et enfin parce que sa responsabilité pénale pourrait être éventuellement engagée sur la base du § 2 lui-même en qualité de complice. Le trib. corr. de la Seine n'a pas hésité à prononcer une condamnation sévère contre un commissaire, et son jugement, qui date du 5 mai 1928 (1), fut confirmé par la Cour de Paris le 23 février 1932 (2) et par la Chambre criminelle de la Cour de Cassation le 31 mars 1933 (3). Le tribunal correctionnel a très justement déclaré que le commissaire aux comptes se rend complice des délits « en apportant à l'assemblée générale et en consignnant dans son rapport écrit à cette assemblée les déclarations mensongères sur la situation de la société, alors qu'il en connaissait l'état précaire et les embarras financiers ». Il est exact que depuis les décrets-lois de 1935, le reproche fait au commissaire dans ce cas pourra faire également l'objet d'une inculpation principale sur la base du nouvel art. 34 de la loi sur les sociétés; néanmoins, le raisonnement du tribunal correctionnel vaut pour tous les cas et sera certainement étendu, le cas échéant, en dehors de la sphère de l'assemblée générale, sans parler de l'intérêt qu'il peut avoir pour l'accusation de réclamer même dans ce cas l'application de l'art. 15 plutôt que celle de l'art. 34, vu la différence considérable entre les sanctions édictées.

#### SECTION 5. — DÉLIT DE DISTRIBUTION DE DIVIDENDES FICTIFS

**292.** — § 1. — L'ancien paragraphe 3 de l'article 15 de la loi du 24 juillet 1867, qui est devenu depuis les décrets-lois de

---

(1) G. T. 1928 fév. 290 ; R. S. 1928.385. (2) J. S. 1933.532. (3) J. S. 1933.529 ; G. P. 33.I.973.

1935, sans changement, le paragraphe 4, punit des peines prévues par l'art. 405 du Code pénal pour délits d'escroquerie « les gérants qui, en l'absence d'inventaire ou au moyen d'inventaires frauduleux, ont opéré entre les actionnaires la répartition de dividendes fictifs ». Que faut-il entendre exactement par ce terme, qui ne trouve aucune définition dans un texte légal quelconque et au sujet duquel une grande hésitation régnait pendant longtemps, de sorte que les tribunaux se sont généralement remis à l'avis d'experts pour savoir si un dividende distribué mérite ou non la qualification de fictif ? André Dalsace a critiqué cette façon de faire avec toute la véhémence qui lui est propre quand il croit défendre une bonne cause 1). « Si, au point de vue théorique, dit-il, le dividende fictif est celui qui est distribué en l'absence d'inventaire ou au moyen d'inventaire frauduleux, la jurisprudence s'est arrogée le droit de considérer comme frauduleux un inventaire évalué dans des conditions que les experts commis considèrent comme imprudentes. Alors que la fraude ne se présume pas, des magistrats trop peu au courant de la question du bilan ont suivi aveuglément les errements d'experts comptables à idées préconçues et illogiques ».

M. Dalsace n'est point tendre pour les experts comptables qu'il vise ; mais peut-être pense-t-il plutôt aux experts judiciaires qu'aux experts comptables sérieux, compétents et dignes de ce nom. Car il est avéré que la désignation des experts judiciaires ne se fait pas toujours en tenant compte de la compétence technique nécessaire, surtout par les tribunaux de seconde zone où les questions d'honorabilité et même de relations ont bien souvent pris le pas sur le savoir réel de l'expert et sa science comptable. Depuis quelques années, la doctrine et la jurisprudence se sont efforcées à remédier au mal signalé, aidées par les progrès réalisés dans le domaine de la comptabilité (2). Mais nombreux encore sont les points qui

---

(1) Un danger pour les sociétés par action, Dalloz 1932, p. 43.

(2) V. A. Barrault : La notion de dividendes fictifs. Thèse, Paris 1937.



prêtent à discussion et que nous allons essayer de passer en revue.

293. — Et tout d'abord, que signifie l'expression « dividende » et son qualificatif de « fictif » ? Le dividende est la quote-part de bénéfice d'un exercice social qui revient à un actionnaire en vertu d'une décision de l'assemblée générale. Tous les termes de cette définition sont nécessaires pour caractériser le dividende et ont une importance considérable pour les controverses juridiques qui se sont greffées sur ce problème. Cette définition est sans conteste possible celle qui résulte du sens de l'art. 10 de la loi de 1867 qui emploie l'expression de dividende trois fois et il n'y a aucune raison pour admettre que le législateur l'a compris dans un autre sens dans l'art. 15 de cette loi. Par conséquent, toute autre distribution ou imputation sur les bénéfices échappe à l'application des prescriptions de l'art. 15, telle que l'attribution de tantièmes aux administrateurs ou d'une part des bénéfices aux porteurs des parts de fondateur. Mais il est évident, par contre, qu'une distribution du bénéfice qui répond à la définition donnée sera soumise à l'art. 15, même si, pour une raison quelconque, elle a lieu sous la qualification d'intérêt au capital ou toute autre. Il faudrait également lui assimiler une distribution qui, sous forme d'allocation au conseil, partagerait en réalité le bénéfice entre les actionnaires au cas, comme il advient quelquefois dans les petites sociétés anonymes, où tout le capital se trouverait réuni directement ou par l'entremise d'hommes de paille entre les mains du conseil d'administration. Car, si la loi a érigé la distribution de dividendes fictifs en délit, ce n'est point pour protéger les actionnaires qui en sont au contraire les bénéficiaires, mais c'est pour faire respecter la règle de la fixité du capital social, dont la destination est de servir de gage aux créanciers. Il est en effet évident qu'une distribution de dividende en absence de tout bénéfice ne peut se faire qu'en entamant le capital, étant donné la fixité des autres postes composant l'actif et le passif de la société.

**294.** — Ensuite, que signifie dans l'idée du législateur le mot « fictif » ? Il signifie simplement « non réel », inexistant, sans qu'il soit nécessaire, à notre avis, d'y ajouter l'idée d'une « fiction, c'est-à-dire la représentation d'un fait comme étant réel, alors qu'il est inexistant », comme le prétendent MM. Constantin et Gautrat (N<sup>o</sup> 595), qui rejettent par contre l'équivalence du terme avec « non réel ». Nous ne voyons pas pourquoi il faudrait incorporer à l'expression examinée une intention malhonnête, et ceci d'autant plus que le législateur a pris lui-même soin de l'exiger en termes séparés dans l'article 15 (...absence d'inventaire ou au moyen d'inventaires frauduleux...). Pour nous, un dividende fictif est donc tout simplement la quote-part du bénéfice d'un exercice social qui doit revenir à un actionnaire en vertu d'une décision de l'assemblée générale, bien que ce bénéfice soit inexistant. Et toute répartition effective d'un tel dividende fictif faite par les administrateurs en l'absence d'inventaire ou au moyen d'un inventaire frauduleux tombe sous le coup du § 4 de l'article 15.

**295.** — Mais que faut-il entendre maintenant par « absence d'inventaire » ou « inventaire frauduleux » ? Nous ne croyons pas qu'il faut prendre le mot « inventaire » dans son sens strict et restreint de recollement des existants en marchandises, approvisionnements, titres et autres valeurs « inventoriabiles » du fait de leur présence matérielle. La loi prohibe dans le § 4 la distribution d'un bénéfice inexistant; il ne peut y avoir aucune discussion à ce sujet et doctrine et jurisprudence sont bien d'accord. Or, le bénéfice n'est pas uniquement facteur de l'inventaire matériel des marchandises, etc..., et de leur évaluation, mais pour autant de tous les autres postes et valeurs qui composent l'actif et le passif d'une affaire et qui forment, dans leur présentation d'ensemble, le bilan de la société. Pour nous, l'absence d'inventaire ou inventaire frauduleux veulent dire absence de bilan ou bilan frauduleux. Il a fallu une décision de la Chambre criminelle de la Cour de

Cassation du 11 juin 1925 (1) pour faire triompher cette notion pourtant simple et qui est encore discutée aujourd'hui. Car il s'agit de tirer les conséquences de cette interprétation et de décider, par exemple, qu'il n'y a pas d'absence d'inventaire et ergo délit de distribution de dividende fictif, si un bilan régulier a été dressé avec toutes les garanties comptables désirables, même en l'absence de recollement effectif des marchandises sous forme d'inventaire d'existants. Ceci s'applique couramment aux entreprises importantes qui ont des stocks de marchandises ou de matières premières et de produits mi-fabriqués très étendus et qui procèdent seulement tous les deux ans à l'inventaire réel des existants ou qui pratiquent la méthode comptable de la permanence d'inventaire avec contrôle roulant.

L'administration fiscale elle-même, pourtant attentive à la recherche des bénéfices et en éveil constant pour éviter la fraude fiscale, a dû reconnaître la nécessité pratique de ces procédés.

Par contre, il faut admettre que la distribution d'un dividende fictif est punissable, malgré la confection d'un inventaire d'existants irréprochable, si le bénéfice apparent a été obtenu grâce à la majoration d'autres éléments de l'actif ou la diminution d'éléments du passif, ou encore si la distribution a eu lieu sans se baser sur un bilan régulièrement établi.

Nous sommes ainsi amenés à introduire dans nos considérations la notion du bilan régulier ou, comme nous préférons dire, du bilan sincère (nous ne disons pas du bilan exact et nous verrons plus loin pourquoi). Nous allons retrouver également cette notion du bilan sincère lors de l'examen du délit de publication et de présentation aux actionnaires d'un « bilan inexact », prévu par le § 5 de l'art. 15. Estimant que l'étude de la théorie du bilan régulier, bien qu'utile pour la présente section, trouve sa place naturelle dans l'examen du délit sanctionné par le § 5, nous considérons ici la notion de ce bilan

---

(1) G. P. 25.II.322 ; J. S. 1925.647 ; R. S. 1925.418.

comme acquise sous bénéfice des explications qui vont être données à ce sujet dans la 6<sup>e</sup> section du chapitre deuxième de ce titre. (V. N<sup>o</sup> 425 et svts).

**296.** — § 2. — Nous devons essayer maintenant de délimiter le champ d'application du paragraphe 4 sur la distribution des dividendes fictifs en recherchant s'il ne fait pas double emploi, au moins en partie, avec le délit d'escroquerie de l'art. 405 du Code pénal, avec celui de publication de faits faux du § 2 ou celui de publication et de présentation de faux bilan du § 5 du même article 15, que nous aurons encore à examiner (V. N<sup>o</sup> 425 et svts) plus loin en détail.

**297.** — Quant au délit d'escroquerie, la question ne se pose pas. Ce délit consiste dans la recherche malhonnête de fonds et dans l'appropriation frauduleuse de la fortune d'autrui. L'administrateur inculpé sur la base du § 4, tout au contraire, a distribué illégalement la fortune d'autrui, c'est-à-dire de la société. Il ne l'a pas fait, bien sûr, dans un but désintéressé, humanitaire, mais dans une pensée répréhensible, dans l'intention soit de tromper ses actionnaires sur les résultats de sa gestion, soit de faire miroiter à tout le monde, les actionnaires et les créanciers présents ou futurs, l'existence d'une situation sociale meilleure qu'elle ne l'est en réalité. Le délit d'escroquerie attaque en quelque sorte par voie directe *offensive*; le délit de distribution de dividendes fictifs, par contre, essaye de maintenir une position intenable en aveuglant l'adversaire. La distinction est donc fondamentale. Il est certain que la distribution d'un dividende fictif peut être un des moyens employés par l'escroc pour arriver à ses buts, et nous nous trouvons alors en présence d'un cumul d'infraction. Mais ceci ne nuit pas à la distinction fondamentale que nous avons établie.

**298.** — Considérons maintenant la différence du délit du § 4



avec celui du § 2, c'est-à-dire celui de la publication de faits faux. Elle est évidente, puisque le § 2 s'emploie uniquement lors de la recherche de souscriptions et de versements et tend, comme l'escroquerie, à s'approprier des capitaux plutôt que d'en distribuer.

**299.** — Que dire de la distinction avec le § 5 de l'art. 15 qui punit les administrateurs qui publient ou présentent aux actionnaires « *sciemment un bilan inexact en vue de dissimuler la véritable situation de la société* » ? Le texte du § 5 est évidemment d'un emploi beaucoup plus général que celui du § 4. Il permet de punir toute manipulation malhonnête des éléments du bilan, sans qu'il soit besoin qu'elle se traduise par un excédent fictif de bénéfice social distribuable sous forme de dividende. Un simple arrangement du bilan, une mise en équilibre par majoration des actifs ou diminution des passifs sans recherche de bénéfice, voire même en vue d'amoindrir simplement l'importance d'une perte subie, tombe sous le coup du § 5 qui se distingue donc nettement du § 4. Mais ce dernier ne se trouve-t-il pas *ipso facto* absorbé par le § 5, de sorte qu'on pourrait le supprimer sans diminuer par là les moyens de répression de l'article 15 ? Certainement non, car le § 5 punit un fait positif, la présentation d'un faux bilan, tandis que le § 4 prévoit également une hypothèse négative, l'absence d'un bilan-inventaire. C'est donc tout au plus la partie du § 4 parlant d'un inventaire frauduleux qui fait double emploi avec le § 5. Nous estimons néanmoins que le législateur a parfaitement bien fait, lors de la réforme de 1935, de maintenir intégralement l'ancien § 3, qui est devenu le § 4 de la rédaction actuelle de l'art. 15, et d'ériger ainsi en délit distinct la distribution d'un dividende fictif, dont la nature particulière exige de nombreuses explications.

**300.** — § 3. — Avant d'aborder cette étude examinons rapidement l'intérêt que présente ce délit pour le commissaire aux

comptes. S'il est exact que jusqu'à présent les inculpations de commissaires en qualité de complices ont été plus rares, il est douteux que la jurisprudence et surtout les victimes se montrent aussi clémentes à l'avenir. Car, ne l'oublions pas, la distribution d'un dividende fictif exige un vote conforme de l'assemblée générale qui ne peut se faire qu'après rapport du commissaire sur les comptes et la situation de la société. Et alors, de deux choses l'une : ou bien le commissaire approuve en toute bonne foi puisqu'il n'a rien vu et sa responsabilité civile peut être éventuellement engagée pour négligence (V. N° 101), ou bien il affirme en toute connaissance de cause et devient nettement complice. Cette situation, peut-on objecter, existait de la même façon bien avant les décrets-lois de 1935, et il n'y a eu que peu d'inculpations. Mais n'oublions pas (sans revenir sur les causes de cette quasi-impunité des commissaires signalée plus haut sous le N° 256), que les décrets-lois ont fait ressortir davantage dans l'esprit du public victime et de ses représentants devant la justice, ainsi que dans la conception même des juges, le principe de la responsabilité des fautifs, et nous estimons avec d'autres (V. M. Masson : « Le dividende fictif », B.C.C.S. 1930.303) que la distribution de dividendes fictifs dans les sociétés anonymes est devenue, depuis 1935, l'une des sources de responsabilité les plus graves pour les commissaires aux comptes. Et M. Masson continue avec juste raison dans l'opus cité : « La non-révélation par les commissaires aux comptes au Procureur de la République des faits délictueux dont ils auront eu connaissance est en soit un délit (art. 34, al. 5). Donc, soit que, passant outre aux objections du commissaire, une société procède à la distribution de dividendes considérés par lui comme fictifs, soit que celui-ci entre en fonctions dans une société où son prédécesseur n'a pas rempli son devoir, le commissaire peut se trouver dans l'obligation d'apprécier si toutes les conditions du délit de distribution de dividendes fictifs sont remplies, afin de remplir à bon escient le pénible rôle de délateur que lui assigne la loi ».

La connaissance parfaite du délit prévu par le § 4 de l'art. 15 est donc indispensable pour le commissaire qui veut mettre sa responsabilité pénale à l'abri.

**301.** — § 4. — Abordons maintenant l'étude de ce délit. Il est constitué par quatre éléments dont la réunion est nécessaire et suffisante : a) absence d'inventaire ou existence d'un inventaire frauduleux; b) la fictivité du bénéfice à distribuer sous forme de dividende; c) la distribution de ce dividende; d) la mauvaise foi présidant à cette distribution. Nous allons examiner successivement chacun de ces quatre éléments.

**302.** — A) Quant à l'absence d'inventaire et à l'inventaire frauduleux, nous avons déjà précisé plus haut (V. N° 295) que nous comprenions plutôt sous cette expression l'absence d'un bilan et le bilan frauduleux. Nous avons également établi qu'à notre avis le § 4 peut s'appliquer malgré l'inventaire d'existants (V. N° 295), comme il peut être écarté malgré l'absence de cet inventaire d'existants (V. N° 294). Ce qui importe, c'est la confection d'un bilan régulier ou d'états qui en tiennent lieu par équivalence complète et qui font ressortir la situation du patrimoine net de la société.

**303.** — Que faut-il penser alors de la distribution d'acomptes de dividendes pratiquée au milieu de l'année sur la vue d'un simple relevé comptable, telle qu'elle est faite par certaines sociétés anonymes et non des moindres ? N'y a-t-il pas absence d'inventaire et application éventuelle de l'art. 15 ? La jurisprudence a toujours considéré, avec raison, que la distribution d'un acompte, en conformité ou non avec les dispositions des statuts, constitue une véritable distribution de dividendes et qu'elle donne lieu à l'application de l'art. 15 si elle est opérée en l'absence d'inventaire ou au moyen d'inventaires frauduleux alors que la situation n'était pas bénéficiaire (Paris,

18 mars 1887 (1); trib. com. Marseille, 14 fév. 1902 (2); Cass. crim., 31 mars 1933) (3). Mais comment établir qu'en définitive la situation n'était pas bénéficiaire? Evidemment en redressant l'inventaire et en prouvant les fraudes qui ont été commises dans sa confection. Mais en l'absence complète d'inventaire, ou si le relevé d'inventaire a été trop sommaire pour permettre un redressement des comptes et un jugement définitif, peut-on présumer la fraude? Certainement non, car la fraude ne se présume pas. On a beau dire que la loi exige l'établissement d'un bilan-inventaire régulier (V. N° 295), tout relevé ou état qui ne correspond pas à cette définition est à assimiler à une absence d'inventaire. Ceci, en définitive, ne nous avance en rien, car pour que le fait tombe sous le § 4, il faut en outre prouver l'absence de bénéfices distribuables, c'est-à-dire faire la preuve de l'existence de cet élément constitutif du délit, et cette preuve n'est précisément pas facile à faire en l'absence d'un inventaire régulier. Fort souvent, le résultat déficitaire de fin d'année permet de conclure par intime conviction à l'état de la société au moment de la distribution incriminée; mais fort souvent aussi, la question est loin de pouvoir être résolue avec certitude. Nous estimons donc que nous nous trouvons là en face d'une lacune de la loi, car une distribution de dividende en l'absence d'inventaire n'est punissable, d'après l'interprétation stricte du § 4 de l'art. 15, que si l'absence de bénéfice est prouvée. Et cette preuve est d'autant plus difficile à faire, surtout pour les acomptes de dividendes distribués au milieu de l'année sans arrêt des livres comptables, qu'elle doit se baser sur le fondement même de l'inculpation, c'est-à-dire l'absence d'inventaire. Pour remplir cette lacune du texte légal, nous estimons qu'il faudrait étendre les sanctions du § 4 à toute distribution de dividendes faite en absence d'un bilan-inventaire, si l'existence d'un béné-

---

(1) D. P. 88.II.132; R. S. 1887.195; G. P. 87.I.395; J. S. 1890.207.

(2) J. S. 1902.513.

(3) J. S. 1933.529; G. P. 33.I.973.



fice effectivement réalisé ne peut pas être prouvée comme dans l'hypothèse d'une réalisation d'un bénéfice extraordinaire très important.

**304.** — Certains auteurs ont cru que l'établissement d'un compte bénéficiaire à la fin de l'exercice, bien entendu sans fraude aucune, serait de nature à effacer le délit de distribution d'un bénéfice fictif commis par voie de paiement d'acompte. Il se peut, en effet, que les résultats heureux d'un deuxième semestre d'exercice social effacent les pertes subies dans le premier semestre. Pratiquement, ces bénéfices bienvenus vont certainement arranger beaucoup de choses. Mais juridiquement cette opinion est à rejeter. C'est au moment de la distribution du dividende qu'il faut se placer pour apprécier si les divers éléments de l'inculpation sont réunis, parmi lesquels se trouve celui de l'absence d'un bénéfice. Le retour à meilleur fortune ne signifie juridiquement absolument rien et n'est même pas de nature à justifier la bonne foi des administrateurs, dont l'optimisme se trouve en quelque sorte confirmé, car la mauvaise foi consiste tout simplement, nous le verrons plus loin, dans la connaissance de l'absence de bénéfices. Pas de bénéfices, pas de dividende. Admettre une solution contraire en matière d'acompte de dividende c'est, comme le font très justement remarquer MM. Constantin et Gautrat (N° 599), admettre l'existence d'une condition suspensive ou d'une condition résolutoire en droit pénal, ce que ces auteurs qualifient de « véritable monstruosité juridique ».

La chambre criminelle de la Cour de Cassation s'est d'ailleurs prononcée dans ce sens par arrêt du 23 mars 1936 (1) en déclarant que la consommation du délit se place le jour où le dividende ou l'acompte sur le dividende est mis à la disposition des actionnaires.

---

(1) R. T. S. 1936.172 et note Constantin-Gautrat ; G. P. 36.II.9 ; J. S. 1937.653 ; D. H. 1936.270.

305. — Il faut également envisager l'hypothèse contraire, c'est-à-dire le cas où la distribution d'un acompte de dividende parfaitement régulier est infirmée à la fin de l'année par un bilan déficitaire par suite de pertes intervenues depuis la distribution. MM. Houpin et Bosvieux (t. II N° 1357) estiment que l'acompte ne peut être critiqué, sous condition toutefois d'avoir été autorisé par les statuts. M. Charpentier (N° 420) se rallie à cet avis en citant à l'appui de cette conception un arrêt de la Cour de Cassation du 24 avril 1891 (1) et un arrêt de la Cour de Paris du 18 mars 1887 (2). MM. Constantin et Gautrat (N° 598), tout en contestant la valeur des arrêts cités dans cette matière, se prononcent également en faveur de cette proposition. Il serait d'ailleurs difficile de faire autrement, car la bonne foi des administrateurs ne peut pas faire de doute et les derniers auteurs cités observent très judicieusement qu'on « ne conçoit pas que la mauvaise foi puisse consister dans l'absence d'un don divinatoire de la situation sociale telle qu'elle existera lors de la clôture de l'exercice ».

Mais, bien que la solution doctrinale et jurisprudentielle ne puisse faire de doute, nous éprouvons quelques hésitations. Il y a certainement quelque chose de malsain dans cette distribution d'un acompte de dividende avant la lettre, si nous osons dire. Le dividende est, nous l'avons établi dans notre définition (N° 293), la quote-part de bénéfice d'un exercice social qui revient à un actionnaire. Une distribution avant la fin de l'exercice ne peut pas être la distribution du dividende lui-même mais le paiement d'une avance sur le dividende à venir, avance que la doctrine et la jurisprudence ont assimilée au dividende lui-même. Or, le bénéfice annuel est un tout, un ensemble qui ressort une seule fois par an, c'est-à-dire au moment de l'établissement du bilan. Rien n'autorise donc, à notre avis, les administrateurs et rien ne donne aux assemblées des actionnaires le droit et les autorise à distribuer un

---

(1) D. P. 93.I.49; J. S. 1893.182.

(2) D. P. 88.II.132; G. P. 87.I.395; R. S. 1887.195; J. S. 1890.207.

acompte sur le bénéfice avant la clôture de l'exercice. Qui dit dividende dit résultat d'une année sociale. Le législateur ne l'a jamais compris autrement et l'art. 10 de la loi de 1867 prévoit expressément un rapport à faire « chaque année » à l'assemblée générale qui doit en outre se prononcer sur « les motifs qui s'opposent aux distributions des dividendes proposés... ». Ceci nous semble absolument formel et les administrateurs n'ont pas le droit de procéder, même en respectant les formalités imposées, à une distribution d'une avance ou d'un acompte avant la fin de l'exercice et après constatation définitive du résultat.

Est-ce une faute entr'ouvrant une responsabilité pénale pour distribution de dividende fictif, si les administrateurs passent outre en violant le sens de l'art. 10 de la loi sur les sociétés ? Il sera difficile de le prétendre si l'on ne veut pas déplacer le sens qu'on donne à l'expression « inventaire frauduleux » qui se trouve dans le § 4 de l'art. 15 comme élément constitutif indispensable du délit. On pourra soutenir avec quelque subtilité, que le mot « frauduleux » ne signifie non seulement « truqué », c'est-à-dire un inventaire sciemment faussé, mais que tout inventaire dressé dans un but et pour une destination illégale est un inventaire frauduleux. Ceci revient à dire, en d'autres termes, qu'il ne faut pas uniquement s'attacher à chercher la fraude dans la confection matérielle de l'inventaire, mais également dans les circonstances et les motifs qui poussent les administrateurs à l'établir. Si l'inventaire, quoique correct, est dressé dans un but illégal, nous nous trouvons bien en face d'un « inventaire à emploi frauduleux ». Dans le cas qui nous occupe, il suffit donc de soutenir ce raisonnement, en se basant sur la règle d'annualité de distributions de dividende prévue par l'art. 10 de la loi de 1867, pour déclarer toute autre distribution comme illégale; l'inventaire dressé dans le but illégal de justifier une distribution de dividende avant clôture de l'exercice devient alors un inventaire frauduleux quoique matériellement correct, permettant l'application des sanctions du § 4 de l'art. 15.

Nous pensons sincèrement que ce raisonnement pèche à sa base même, car les rédacteurs de l'art. 4 n'ont pas voulu donner le sens préconisé à la qualification « frauduleux ». Mais nous pensons non moins sincèrement que la pratique des acomptes ou avances sur dividendes mérite d'être combattue et qu'il peut y avoir quelque chose de choquant de voir distribuer des acomptes de dividendes si le bilan de fin d'exercice fait ressortir finalement une perte. Où reste alors le respect du principe intangible de la fixité de l'immutabilité du capital ?

**306.** — B) Quant à la fictivité du bénéfice distribué sous forme de dividende nous aurons à établir lors de l'étude de la théorie du bilan sincère ce qu'on peut concevoir par bénéfice réel et par bénéfice fictif (V. N<sup>o</sup> 435). Citons tout simplement ici l'arrêt de la Cour de Cassation du 11 juil. 1930 (1) aux termes duquel « ...il ne suffit pas que le bénéfice soit assuré pour que la répartition puisse en être faite entre les associés sous forme de dividende, mais il est encore nécessaire que ce bénéfice soit complètement réalisé, qu'il soit le résultat d'une opération accomplie ». On ne saura pas exiger dans une forme plus concise et plus claire la réalisation du bénéfice avant sa distribution. Nous aurons également à nous en occuper lors de l'étude sur le bilan sincère (V. N<sup>o</sup> 435).

**307.** — Il convient d'étudier maintenant une autre question vivement débattue en doctrine et en jurisprudence, à savoir celle de l'imputation du dividende distribué non point sur les bénéfices, inexistants d'ailleurs, mais sur les réserves légales extraordinaires ou occultes d'une société. Quant à l'imputation sur les réserves légales, tout le monde est d'accord; la loi les a créées et imposées non seulement dans l'intérêt des actionnaires, mais aussi dans l'intérêt des tiers; les réserves légales forment une masse de garanties supplémentaires, une prolon-

---

(1) G. P. 30.II.360 ; S. 33.I.159 ; D. H. 1930.524 ; R. S. 1930.332 ; J. S. 1931.555.



gation du capital et participent à ce titre à la même inviolabilité. (MM. Houpin et Bosvieux, t. II N° 1330; Lyon-Caen et Renault, t. II N° 900 *bis*; Thaller et Pic, N° 1190; Chambaz et Leblond, N° 1458; Charpentier, p. 290; Constantin et Gautrat, N° 588; Rousselet et Patin, N° 276).

**308.** — La question devient plus difficile à résoudre en ce qui concerne les réserves statutaires ou extraordinaires. La doctrine fait généralement ressortir que ces réserves ne peuvent pas être considérées comme une prolongation du capital, une garantie supplémentaire pour les tiers. Elles représentent purement et simplement une accumulation d'anciens bénéfices parfaitement distribuables pour lesquels les actionnaires ont différé leur décision d'emploi. Dans ces conditions, dit la doctrine, les actionnaires ont parfaitement le droit de faire acte de disposition quand ils veulent et d'opérer la distribution quand ils le jugent à propos. Or, le moment opportun de disposer ainsi de ces réserves, de cette masse de manœuvre, est précisément celui où les résultats d'un exercice ne permettent pas de procéder à une rémunération normale du capital, c'est-à-dire au paiement d'un dividende.

L'imputation de ce dividende sur ces réserves est donc une opération absolument régulière. Si le conseil d'administration, au lieu de procéder ouvertement à cette imputation et de la faire approuver par l'assemblée générale, agit d'une façon moins correcte en la dissimulant par un jeu d'écriture ou sous un bénéfice apparent, il y a certes une manœuvre blâmable dont il aura à rendre compte aux actionnaires ; mais les tiers créanciers n'y ont rien à voir et le délit de distribution de dividendes fictifs, institué surtout pour la protection des créanciers de la société (car les actionnaires sont plutôt malgré eux bénéficiaires de l'opération), n'est pas accompli, car leur gage, le capital et les réserves légales, sont restés intacts. Ce raisonnement reflète l'avis de la presque unanimité de la doctrine. (MM. Tchernoff, t. I N° 414; Constantin et Gautrot, N° 587).

Elle fut d'ailleurs suivie par la jurisprudence (Trib. com. Seine 27 mai 1935 (1), Trib. com. Seine 12 juil. 1935) (2).

**309.** — Dans ces conditions, l'avis diamétralement opposé de la Chambre criminelle de la Cour de Cassation exprimé dans son arrêt du 22 janv. 1937 (3), connu sous le nom de l'affaire Léonard, n'a pas manqué de surprendre la doctrine et de provoquer ses vives critiques.

Attendu, dit la Cour suprême, que « Léonard n'a pas été autorisé par l'assemblée générale à effectuer un prélèvement sur les réserves, que l'assemblée générale a décidé, non pas une répartition des réserves, mais la mise en distribution des bénéfices afférents à l'exercice écoulé et tels que les faisait apparaître le bilan établi par Léonard... ». Cette décision proclame donc que le dividende est fictif dès lors qu'il n'y a pas de bénéfice et qu'il est pris sans autorisation de l'assemblée générale sur les réserves. Nous verrons tout à l'heure l'importance qu'il faut attacher à l'absence de l'autorisation de l'assemblée générale; pour le moment occupons-nous de la réaction de la doctrine en face de ce renversement de l'ancienne jurisprudence par la Cour de Cassation. Parmi ses adversaires s'inscrivent au premier rang MM. Copper-Royer (4), Bosvieux (5) et Constantin et Gautrat (6). Ces derniers déclarent l'arrêt « des plus surprenant. La Cour, disent-ils, semble avoir perdu de vue que le délit prévu par l'art. 15 § 4 de la loi du 24 juil. 1867 suppose la fictivité du dividende, c'est-à-dire le prélèvement de ce dividende sur le capital social ou la réserve légale. Or, la distribution des réserves extraordinaires fausement et même frauduleusement qualifiée de distribution de dividende, ne constitue point une distribution de dividendes

---

(1) R. T. S. 1935.373.

(2) R. T. S. 1935.316.

(3) G. P. 37.I.594 ; J. S. 1938.279 ; D. P. 37.I.71.

(4) Rev. Sp., août 1937.

(5) J. S. 1937.670.

(6) N° 587.

fictifs... L'art. 15 § 4 ne sanctionne pas une violation des dispositions des statuts; il sanctionne une violation de la loi ».

Quant à nous, nous approuvons pleinement l'arrêt de la Cour de Cassation, car nous estimons, contrairement à l'avis de MM. Constantin et Gautrat cité, que le dividende fictif n'est pas caractérisé en dernier lieu par son prélèvement sur le capital social ou la réserve légale. Pour nous, la notion du « bénéfice de l'exercice social », c'est-à-dire d'une année d'exploitation, est inséparable de celle de dividende (V. N° 293) et nous nous appuyons comme déjà dit (N° 293) sur la rédaction de l'art. 10 de la loi de 1867 qui prévoit que les membres du conseil de surveillance auront à donner « chaque année » leur avis sur l'opportunité de la distribution d'un dividende.

**310.** — D'autre part, il ne faut pas oublier (et la doctrine semble avoir laissé passer ce point inaperçu), que toute création d'un bénéfice dans un bilan en dehors des réalités et sans prélèvement ouvertement opéré sur les réserves disponibles, ce dernier fatalement soumis à l'autorisation de l'assemblée générale, exige une confection frauduleuse du bilan. Dans l'affaire qui nous occupe, la Cour de cassation a bien fait ressortir qu'il appert des constatations de la Cour d'appel... « que Léonard a fait figurer à l'actif du bilan dont il s'agit, deux créances... qui n'auraient pas dû être inscrites pour leur valeur nominale..., que cette inscription a été faite par Léonard en connaissance de cause... ». Il importe donc de souligner que la distribution du dividende ne fut pas faite par imputation occulte sur les réserves, opération qui est techniquement impossible en comptabilité, mais par création d'un bénéfice fictif dont la distribution crée naturellement un déficit pour autant. Or, ce déficit est couvert dans le cas qui nous occupe par l'existence de réserves extraordinaires, figurant invariablement pour la même somme avant comme après l'opération dans le bilan (puisque l'ass. gén. n'y a pas touché) et qui forment fatalement la contre-partie, la couverture du déficit volontairement et occultement creusé.

Nous répétons donc que toute création d'un bénéfice irréal dans un bilan en dehors d'un prélèvement ouvertement fait sur les réserves disponibles, exige une confection frauduleuse du bilan. Voilà pourquoi la Cour a eu raison de s'attacher au fait que l'inculpé a agi sans autorisation de l'assemblée générale. Naturellement, ce n'est pas une question de violation des statuts de la société, comme le semblent admettre MM. Constantin et Gautrat (N° 587), qui devrait rester en dehors de la sphère du droit pénal.

Si nous reconnaissons ainsi que la distribution de dividende incriminée est répréhensible, premièrement parce qu'il n'y avait aucun bénéfice dans l'exercice même (ce qui écarte l'argument de l'emploi des anciens bénéfices accumulés sous forme de réserves), et deuxièmement parce qu'une telle création occulte de bénéfice irréal ne peut se faire que sur la base d'un faux bilan-inventaire, il sera difficile de ne pas approuver la Cour de cassation dans l'arrêt Léonard.

**311.** — On a beau dire que le capital et la réserve statutaire ne sont pas entamés et que les tiers ne peuvent donc pas se plaindre d'une diminution de leur garantie ; là encore, nous ne partageons pas l'avis de la doctrine dominante. En effet, les tiers n'ont pas seulement un intérêt à voir conservés intacts le capital et la réserve légale, mais aussi les réserves extraordinaires, sous quelque forme, soit ouverte ou occulte, elles ont été accumulées ; l'obligataire, par exemple, a incontestablement aussi un intérêt à savoir si la société débitrice prospère ou si elle périclité, si, en d'autres termes, la garantie qui est actuellement intacte le sera encore dans un an et après.

Et que penser du capitaliste qui se décide à acheter au prix fort des actions ou obligations de la société croyant à leur rendement présent et futur en se basant sur le bénéfice distribué et sur les réserves accumulées conformément au bilan, alors que rien ne lui permet de connaître la manœuvre occulte à laquelle l'administration s'est livrée en dehors de l'assemblée



générale et de déceler l'exploitation déficitaire de l'affaire ou l'absorption déjà faite des réserves extraordinaires par les déficits voilés ? Sans conteste possible, le bilan sert non seulement à rendre compte aux actionnaires de la situation de la société et à leur permettre de répartir des bénéfices, mais il a pour raison d'être essentielle de « faire connaître aux tiers la situation exacte, active et passive de la société », selon les termes heureux employés par le tribunal corr. de la Seine le 9 juil. 1935 dans l'affaire du Comptoir Lyon-Alemand (1).

Pour nous, partisans de la théorie institutionnelle de la société anonyme, le bilan établi par le conseil d'administration, vérifié par le commissaire aux comptes et approuvé par l'assemblée générale, a cessé d'appartenir exclusivement à la société ; il a passé du domaine privé dans le domaine public, il a été l'objet d'une communication obligatoire à l'administration fiscale (Imp. sur les bén. indust. et com., Service de l'enregistrement) et souvent d'une grande publicité et il est susceptible de devenir un élément d'appréciation de base pour un nombre de personnes important se renouvelant sans cesse, grâce à l'extrême mobilité des titres de la société anonyme.

A ceci, on nous opposera l'exemple de certaines sociétés anonymes qui opèrent en cercle fermé, en dehors de toute transaction de titres ; nous objecterons que toute société, si fermée qu'elle soit, se trouve en situation débitrice vis-à-vis d'un nombre plus ou moins grand de créanciers et nous n'hésiterons pas à proclamer que ces sociétés de famille ne correspondent pas du tout à l'idée qui a présidé à la création du statut légal des sociétés anonymes ; leur fonctionnement parasite à l'ombre du système conçu ne peut servir en aucun cas d'argument de preuve. Nous maintenons, par conséquent, qu'un bilan dressé dans les conditions énumérées est un document définitivement acquis sur lequel on ne peut plus revenir en dehors des autorisations expressément prévues par la loi.

---

(1) R. T. S. 1934.318.

**312.** — Parmi ces autorisations, faut-il comprendre la décision de l'assemblée générale disposant d'une partie ou de l'ensemble de la réserve extraordinaire en vue de la distribution d'un dividende ? Certainement oui, car l'assemblée générale peut gérer comme elle l'entend le patrimoine net de la société, c'est-à-dire l'excédent de l'actif sur le passif, et en disposer sous la double condition de respecter l'intégrité des sommes affectées spécialement par la loi à la garantie des créances des tiers (capital social, plus réserve légale) et de procéder ouvertement.

On peut, cependant, dire dans cet ordre d'idées, que l'emploi du mot « dividende » auquel s'attache selon nous (V. N° 293) la notion de « bénéfice de l'exercice social » est de nature à induire les tiers en erreur sur la véritable nature du résultat obtenu, s'il s'agit de la distribution de bénéfices antérieurs plutôt que d'un bénéfice de l'exercice qui vient de se clôturer. Le fait que l'expression de dividende est couramment employée par la terminologie de la pratique pour désigner deux opérations pourtant bien distinctes, n'est pas de nature à justifier juridiquement cette confusion que nous estimons dangereuse et que nous combattons. Il faudrait, à notre avis, faire indiquer pour le moins dans toute pièce et publication officielle de la société les exercices auxquels se rapporte le bénéfice en instance de distribution, en disant, par exemple, « Dividende des exercices 1937/1938 ». Par l'énonciation de l'année et la mise au pluriel de l'expression « exercice », toute personne ayant à prendre en considération le fait de la distribution de dividende, se rendra immédiatement compte du rappel effectué, portant sur d'anciens bénéfices, sans avoir à examiner le compte des pertes et profits qui, depuis la loi du 31 août 1937, doit obligatoirement faire ressortir la distinction que nous préconisons.

**313.** — Nous ajoutons également que nous ne voyons nullement l'influence que peut avoir, au point de vue pénal, la

clause des statuts autorisant la distribution d'un dividende par prélèvement sur les réserves extraordinaires. Il n'y a pas à sortir de la conclusion qui résulte de l'étude que nous venons de faire : toute distribution sous forme de dividende de bénéfices inexistants est frappée des sanctions de l'article 15, § 4, si elle a lieu sous une autre forme que celle d'un prélèvement sur les réserves disponibles voté régulièrement par l'assemblée générale, même si ces réserves devaient être manifestement suffisantes pour couvrir le déficit fatalement creusé par un prélèvement occulte. La Cour de cassation l'a hautement affirmé dans son arrêt du 22 fév. 1937, et c'est bonne justice.

**314.** — Un mot encore au sujet de la distribution des réserves occultes, constituées dans le passé par diminution voulue de l'actif ou majoration fictive du passif. Ces réserves occultes n'ont jamais été incorporées dans un bilan de la société et n'ont pas passé dans le domaine de l'appréciation publique. Leur incorporation dans le bénéfice d'un exercice auquel elles ne sont pas dues est certes de nature à faire croire à un résultat d'exploitation et à une prospérité qui n'existent pas. Mais cette incorporation n'oblige nullement à établir un bilan-inventaire inexact, base de l'inculpation du § 4 de l'art. 15. Tout au contraire, elle a pour but de redresser le bilan-inventaire anciennement mal établi et de le rendre conforme à la vérité. Par conséquent, l'un des quatre éléments constitutifs exigés pour la consommation du délit manque (absence d'un bilan-inventaire ou existence d'un bilan-inventaire frauduleux) et le paragraphe 4 n'est incontestablement pas applicable.

**315.** — C) Quant au troisième élément exigé, la distribution effective du dividende, il y a lieu de préciser tout de suite que la répartition consiste non seulement dans la remise matérielle d'espèces, mais dans toute opération qui fait passer la somme du domaine de la société dans celui du bénéficiaire ; elle peut donc s'effectuer par une simple opération juridique,

par exemple, par un simple crédit du compte de l'actionnaire ou par une compensation de sa dette éventuelle ou encore par affectation à la libération d'actions antérieurement souscrites (Paris, 19 mars 1883) (1). Le délit est seulement effectivement consommé au moment où un droit privatif s'est ouvert au profit des actionnaires. (Cass. crim. 23 juin 1883 (2), Cass. crim. 19 déc. 1924 (3), Cass. crim. 28 mars 1936 (4). La doctrine approuve dans sa très grande majorité. (MM. Houpin et Bosvieux, t. II, N° 1.359, Rousselet et Patin, N° 271, Constantin et Gautrat, N° 594.) Il faut en conclure avec ces derniers auteurs que l'annulation du vote de distribution de l'assemblée générale ou sa non-exécution empêchent le délit d'être consommé et écartent toute sanction, puisqu'en matière de délit la tentative n'est pas punissable en l'absence d'un texte répressif formel (V. art. 3 C. pénal). Par contre, la répartition une fois accomplie, le délit est consommé et la peine encourue ; l'annulation des crédits portés en compte et même l'annulation de la répartition par la juridiction civile est sans influence sur l'existence du délit. Cette solution reste également vraie pour le cas où la répartition n'a pas eu lieu matériellement, mais par simple compensation (Cass. crim. 23 juin 1883) (5).

**316.** — Faut-il également, pour que la distribution soit irréprochable, qu'elle s'opère sur des disponibilités de trésorerie de la société ? Il ne faut pas confondre la réalité des bénéfices avec l'opportunité de leur distribution. L'inopportunité de cette distribution n'est pas un des quatre éléments constitutifs du délit ; il ne saurait donc être retenu comme chef d'inculpation. Il y a peut-être faute de gestion, imprévoyance de la part des administrateurs, non point d'avoir fait voter la distribution du dividende, chose normale et due à titre de rémunération du

---

(1) D. P. 83.I.425.

(2) J. S. 1890.204.

(3) J. S. 1925.87 ; R. S. 1925.66 ; G. P. 25.I.252 ; G. T. 20 jan. 1925 ; S. 25.I.286.

(4) R. T. S. 1936.172 ; G. P. 36.II.9 ; J. S. 1937.653 ; D. H. 1936.270.

(5) D. P. 83.I.425



capital, mais de ne pas avoir ménagé les disponibilités nécessaires dans la trésorerie. En tout cas, il n'y a pas de responsabilité civile.

**317. — D)** Quant au dernier élément requis, la mauvaise foi présidant à la distribution du dividende fictif, il est exigé implicitement par le § 4 en ce qui concerne l'inventaire « frauduleux ». Certains auteurs ont soutenu que l'inventaire frauduleux était distinct de l'inventaire inexact en ce qu'il devrait comporter des écritures intrinsèquement frauduleuses et qu'il serait dressé par une personne ayant nettement conscience des inexactitudes contenues (Conf. MM. Villard : De la fraude dans les bilans, p. 2; Copper-Royer, t. II, N° 248).

MM. Rousselet et Patin (N° 268) estiment, au contraire, que le terme frauduleux employé par le législateur n'a pas d'autre objet que de préciser que le délit est d'ordre intentionnel et qu'il suppose chez les auteurs la mauvaise foi, c'est-à-dire la connaissance des inexactitudes de l'inventaire. Nous pensons qu'une simple inexactitude, une incertitude n'est pas un élément suffisant pour retenir l'intention frauduleuse ; il faut que cette dernière soit établie. Les tribunaux auront à exercer leur pouvoir d'appréciation sans oublier que les inexactitudes dans le bilan ou dans l'inventaire sont des points de fait pour la constatation desquels l'appréciation des Cours d'appel est souveraine.

Dans cet état de choses, un administrateur pourra-t-il arguer de sa bonne foi en faisant valoir qu'il a été trompé lui-même par l'administrateur-délégué, ou le directeur ? MM. Rousselet et Patin (N° 281) émettent à ce sujet une appréciation bien sévère. Pour eux, le bilan est l'œuvre collective du conseil d'administration, et chaque administrateur en porte la responsabilité. Soit, mais s'il s'agit seulement de la responsabilité civile et non de la responsabilité pénale en toute absence de mauvaise foi.

Si l'administrateur n'a pas fait son devoir de vérification,

qu'il répare sa faute en payant de son patrimoine personnel ; c'est un négligent, ce n'est pas encore un criminel. Nous inclinons donc vers une interprétation plus large que celle des auteurs cités et nous estimons que la preuve de la mauvaise foi doit être apportée pour justifier à l'égard des administrateurs l'application des sanctions du § 4. Cette preuve n'est d'ailleurs souvent pas si difficile à faire ; les témoignages des comptables, les livres des procès-verbaux, les aveux des uns entraînant la preuve à l'égard de tous les administrateurs ayant pris part à la délibération, les rémunérations anormales touchées, les évidences mêmes pouvant y contribuer puissamment.

**318.** — En ce qui concerne le cas de l'absence complète d'un inventaire, nous nous rallions, par contre, sans réserve, à la façon de voir de MM. Rousselet et Patin (N° 281) contre celle de MM. Constantin et Gautrat (N° 595), en estimant que le vote d'une distribution de dividende en l'absence d'inventaire constitue une présomption de mauvaise foi à l'égard de l'administrateur participant au vote, présomption qui pourra seulement être détruite par l'apport d'une preuve formelle de bonne foi. Bien que ce renversement du fardeau de la preuve ne soit point prévu par le texte de l'art. 15, il semble conforme à la nature même du délit et possible dans le cadre extensible de la libre appréciation des tribunaux. Si l'on objecte à cela qu'en matière pénale la mauvaise foi ou l'intention coupable ne se présume pas et qu'il faudra donc la prouver, nous répondrons que la preuve est faite, à savoir : l'absence inexplicable de l'inventaire requis par la loi.

**319.** — § 5. — Nous avons vu plus haut (V. N° 315) que le délit est seulement consommé du moment où le dividende passe du domaine de la société dans le domaine privé de l'actionnaire. En cas de distribution décidée mais empêchée au dernier moment par l'intervention du commissaire aux comptes venant, par exemple, de découvrir la fraude, y a-t-il tentative punissable

et ergo obligation pour le commissaire de la dénoncer au Procureur de la République ? En l'absence d'un texte formel, la tentative de délit échappe à la répression pénale (art. 3 C. pén.). Il en a été ainsi spécialement jugé pour la question du dividende fictif par la Cour de Paris, le 14 mars 1924 (1).

Notons également que l'approbation rétroactive du bilan et le quitus donné même en toute connaissance de cause par une assemblée générale, ne fait pas obstacle à la poursuite correctionnelle, car le paragraphe 4 de l'art. 4 n'a pas été institué dans l'idée d'une protection exclusive des actionnaires, loin de là; elle n'est donc nullement limitée à l'appréciation de ces derniers.

**320. — § 6. —** Que penser de la question de complicité qui intéresse particulièrement les commissaires aux comptes ? En vertu de l'art. 60 C. pén. (V. N° 250), tout individu pourra être poursuivi comme complice et frappé des mêmes peines que l'auteur principal d'un délit s'il est prouvé qu'il a concouru à le préparer, à le faciliter ou à le consommer.

Nul doute que le commissaire qui, en pleine connaissance de cause, a approuvé un bilan inexact en vue de permettre la distribution de dividendes fictifs, puisse être recherché par la justice répressive. La doctrine est absolument unanime (MM. Houpin et Bosvieux, t. II, N° 1.115, Vavasseur, t. II, N° 890, Gain, N° 437, Constantin et Gautrat, N° 603, Rousselet et Patin, N° 284, Masson, N° 260). Seul, M. Copper-Royer (t. II, N° 274) fait une réserve et demande que le complice ait participé à la fois à la confection de l'inventaire frauduleux et à la distribution du dividende. Cet avis ne trouve aucune base légale et la jurisprudence s'est toujours prononcée dans le sens de la doctrine classique. Cass. crim. (28 avr. 1888 (2), Lyon, 21 janv. 1931 (3), trib. corr. Seine, 5 mai 1928 (4), trib. com. Seine, 17 oct.

---

(1) R. S. 1924.309 ; D. H. 1924.439.

(2) R. S. 1888.353 ; D. P. 88.I.493 ; J. S. 1889.319.

(3) R. S. 1931.387.

(4) R. S. 1928.385 ; G. T. 22 mai 1928.

1932 (1). Bien entendu, la mauvaise foi du commissaire complice doit être établie et il est nécessaire qu'il ait connu et approuvé à la fois le caractère frauduleux ou l'absence de l'inventaire et la distribution d'un bénéfice fictif sous forme de dividende. La Cour de Douai a ainsi jugé le 18 avril 1929 (2) en relaxant des poursuites pénales pour complicité dans la distribution de dividendes fictifs des commissaires aux comptes « qui n'hésitèrent pas à déclarer à l'instruction qu'ils n'avaient cédé à la demande de l'administrateur à l'effet d'accepter les fonctions de commissaires aux comptes, qu'à la suite de son affirmation que ce n'était qu'une simple formalité ; qu'en fait il en fut ainsi pour eux puisque tous deux se bornèrent à apposer leur signature au bas d'un rapport tout préparé et écrit à la machine à écrire qui leur fut présenté... ». La Cour de Douai y a vu la preuve de la bonne foi et a jugé en conséquence.

**321.** — Il est également certain que la complicité du commissaire ne saurait être reconnue que si l'auteur principal est convaincu du délit qu'on lui reproche. La Cour de Lyon a été ainsi amenée à déclarer dans son arrêt du 26 mai 1887 (3) qu'on ne peut retenir un commissaire comme complice d'un délit de distribution de dividendes fictifs alors que ce délit n'est pas absolument établi.

**322.** — Signalons encore une intéressante application de la doctrine de complicité faite par M. Copper-Royer (t. IV, p. 298) au cas suivant : en cours d'exercice, les administrateurs ont spontanément ordonné une distribution de dividendes qui est frauduleuse parce que le bénéfice est fictif. Aucune assemblée générale n'avait été convoquée ; seuls les administrateurs qui ont ordonné cette opération sont donc passibles des sanctions

---

(1) R. T. S. 1933.205.

(2) J. S. 1931.284 ; R. S. 1929.421.

(3) M. J. Lyon, 18 juin 1887 ; J. S. 1889.325.



pénales. Il se peut que le commissaire, pour une raison quelconque, se déclare prêt, l'opération étant déjà accomplie à son insu, à masquer aux yeux des actionnaires le caractère frauduleux de la distribution effectuée. Il commet alors une faute grave, qui, cependant, ne permet pas de lui appliquer les sanctions du § 4 de l'art. 15, puisque sa faute n'implique aucune participation au délit des administrateurs, lequel était entièrement consommé lorsque le commissaire a présenté son rapport à l'assemblée. Il est vrai que depuis la réforme de 1935, que nous aurons à étudier maintenant, ce commissaire pourra être inculqué et condamné sur la base du nouvel art. 34 de la loi du 24 juil. 1867 pour délit d'information mensongère, et cela sera encore bonne justice.

## CHAPITRE DEUXIEME

**Les délits spéciaux créés par les décrets-lois de 1935**

**323.** — « La lutte entreprise par le Gouvernement contre la spéculation et pour la défense du franc appelle certaines mesures qui apporteront aux placements faits par l'épargne, une plus grande sécurité en même temps qu'elles sanctionneront plus efficacement les obligations qui s'imposent à tous ceux que les épargnants ont investi de leur confiance pour la gestion ou la surveillance de leurs capitaux. »

Ainsi débute le rapport adressé le 8 août 1935 par le Gouvernement au Président de la République et qui accompagne les trois décrets-lois de cette date, s'occupant de la protection efficace des capitaux investis dans les sociétés anonymes. Parlant ensuite plus spécialement du deuxième décret qui complète d'une part les textes relatifs à la responsabilité pénale des administrateurs et qui comporte d'autre part une réforme complète du régime des commissaires aux comptes, ce rapport gouvernemental continue : « Les principes généraux posés par la loi du 24 juillet 1867, qui constitue encore la charte des sociétés par actions, sont demeurés excellents. Sur certains points, cependant, l'application de ces principes aux situations actuelles se relève souvent insuffisante dans ses résultats. Il paraît notamment de toute nécessité de renforcer le système répressif institué par l'art. 15 de la loi en donnant le caractère d'infraction pénale à des faits que le législateur de 1867 n'avait pu prévoir. En outre, il convient de réformer l'institution des commissaires aux comptes, qui ne répond plus actuellement à l'importance du rôle de ces agents, en exigeant de ces derniers des garanties de moralité et des conditions de capacité,

en les rendant indépendants des conseils d'administration et en leur donnant les moyens d'investigation nécessaires. »

324. — On ne saurait exprimer mieux le but des décrets-lois qui nous intéressent et l'idée directrice qui les a inspirés. Ils constituent, d'ailleurs, l'aboutissement d'un long travail parlementaire, car les lacunes de la loi de 1867 se sont fait sentir douloureusement depuis sa naissance même ou, pour mieux préciser, depuis la naissance de sa mère spirituelle, la loi de 1856, sur les sociétés anonymes. N'est-il pas curieux à cet égard de relire un passage du réquisitoire prononcé par l'avocat général Godelle devant la Cour de Metz le 14 août 1867 (1), c'est-à-dire 20 jours après la naissance de la loi actuelle sur les sociétés anonymes : « Le commissariat aux comptes est un rouage inutile, une véritable fiction, une sinécure, une tente pour le sommeil, une institution dangereuse parce qu'elle engourdit les actionnaires et les empêche de surveiller par eux-mêmes ».

Aussi est-il fort naturel que les projets ou propositions de réforme aient été nombreux, ceci d'autant plus que de grands scandales financiers ont secoué périodiquement le pays en montrant ainsi ouverte et saignante la plaie laissée par la loi fondamentale de 1867. Dans ces conditions, il est beaucoup moins naturel que tous ces projets et propositions de réforme n'aient jamais pu aboutir et qu'ils soient restés pour des raisons souvent inexplicables ou inavouables dans les cartons poussiéreux du Sénat ou de la Chambre. Citons parmi les plus importants, les propositions Martin-Feuillée, en 1883 (2), Vallée, de 1903 (3), Fleury-Ravarin, de 1921 (4), Chastanet, de 1928 (5), Tardieu-Perret, de 1930 (6), Lesaché, de 1932 (7), Daladier-

---

(1) D. P. 67.II.184.

(2) J. O. 9 jan. 1884.

(3) J. S. 1903.173.

(4) J. O. 30 mai 1921.

(5) J. O. 4 uil. 1929.

(6) J. O. 2 déc. 1930.

(7) J. O. 9 sept. 1932.

Penancier, de 1933 (1), et celle de MM. Flandin-Pernot, de 1935 (2), qui a le plus inspiré le deuxième décret-loi de 1935.

**325.** — Ce décret-loi prévoit donc, ainsi qu'il est établi dans le rapport au Président de la République cité plus haut, deux séries de mesures : mesures donnant à l'épargne une plus grande sécurité par la réforme de l'institution du commissariat aux comptes et mesures sanctionnant efficacement les obligations imposées aux administrateurs et commissaires par un renforcement du système répressif institué par l'art. 15 de la loi de 1867. Sa sollicitude va donc non seulement aux administrateurs, mais encore, et même bien davantage, aux commissaires. M. Lesaché, dans ses explications données au Sénat lors de la discussion du projet de réforme, avait bien fait ressortir l'importance du rôle des commissaires pour la réussite du projet de réforme. Le vice initial et fondamental de l'ancien système, dit-il, est l'omnipotence absolue des conseils d'administrations et comme conséquence, leur irresponsabilité totale par suite de l'inexistence d'un contrôle sérieux de la part des actionnaires. C'est une pure illusion de croire que l'assemblée générale est l'expression suprême de la gestion et des destinées de la société anonyme ; les armes sont bien inégales entre le conseil et les actionnaires. Dès lors, continue M. Lesaché, la réforme qu'il s'agit d'accomplir sera incomplète et vouée à l'échec si, après avoir remédié à maintes imperfections de la loi de 1867, le législateur ne s'attache pas à apporter à l'omnipotence des administrateurs le contre-poids indispensable. Si ceux-ci demeurent comme par le passé maîtres absolus des commissaires aux comptes qu'ils désignent et des assemblées, ils continueront à échapper à tout contrôle réel et à toute sanction, et la réforme existera sur le papier, mais nullement dans la réalité.

**326.** — En quoi consiste la réforme de 1935 en ce qui concerne

---

(1) J. O. 18 oct. 1933.

(2) J. O. 17 mai 1935.



les commissaires aux comptes ? Elle est tout simplement fondamentale. Tout d'abord, elle crée par des dispositions qui remplacent les art. 32, 33 et 34 de la loi organique de 1867, un nouveau statut des commissaires aux comptes quant à leur nomination et leurs attributions. Dorénavant, leur nomination est réglée de manière à assurer l'indépendance, l'honorabilité et, en ce qui concerne les sociétés faisant appel à l'épargne publique, la compétence des commissaires. Leurs attributions ne sont pas devenues plus étendues, mais plus précises et doivent s'exercer d'une façon permanente au lieu et à la place des 90 jours avant la fin de l'exercice, réduits pratiquement à 74 jours au maximum, que leur avaient assignés les anciens articles 33 et 35. Toutes ces dispositions sont accompagnées de fortes sanctions pénales qui sont de nature à les faire respecter religieusement.

**327.** — Nous aurons donc à nous en occuper tout d'abord, et nous leur consacrerons les sections 1 à 4 de ce chapitre en examinant successivement le délit relatif aux incompatibilités qui affectent les fonctions de commissaires aux comptes et celui qui résulte de l'infraction à l'obligation de choisir un commissaire agréé, le délit d'information mensongère et le délit de non-révélation au Procureur de la République, spécialement créés à l'intention des commissaires. Tandis que, jusqu'à la promulgation des décrets-lois du 8 août 1935, les commissaires aux comptes ne pouvaient être poursuivis que comme complices des infractions commises par les administrateurs, ils pourront désormais faire l'objet de poursuites principales.

Dans la cinquième section, nous étudierons l'art. 378 du Code pénal sur l'inobservation du secret professionnel qui est expressément déclaré applicable aux commissaires par l'art. 34 de la loi de 1867 réformé en 1935, et qui peut également donner lieu à une inculpation principale.

Mais la réforme de 1935, créant ainsi un certain nombre de poursuites directes auxquelles sont dorénavant exposés les

commissaires aux comptes, a également étendu les cas d'inculpation possible en qualité de complice de délits commis par les administrateurs. En effet, en créant des délits nouveaux pour ces derniers, elle a augmenté par voie de conséquence les cas de complicité. Il s'agit avant tout de l'extension donnée à l'ancien article 15 de la loi de 1867, auquel le législateur a ajouté les § 5, 6 et 7, parmi lesquels le § 5 est particulièrement important, car il sanctionne la publication d'un bilan inexact, faite en vue de dissimuler la véritable situation d'une société. Nous lui consacrerons la section 6 en examinant à cette occasion la théorie du bilan inexact.

La section 7 traitera ensuite la règle de la fixité des bilans et du mode de présentation du compte des pertes et profits, question qui fait l'objet de deux décrets-lois spéciaux pris le 30 oct. 1935 et le 31 août 1937 dans le cadre de la réforme du statut de la société anonyme.

Pour être complet, nous sommes enfin obligés de traiter dans une huitième section le délit créé par l'un des autres décrets-lois du 8 août 1935 qui a pour but la protection spéciale des actionnaires en cas d'augmentation du capital par la création d'un droit préférentiel de souscription. Ce décret exige l'établissement d'un rapport spécial du commissaire aux comptes et prévoit des sanctions importantes.

**328.** — Nous avons pu nous rendre compte, par cette simple énumération des délits et infractions possibles, de l'importance capitale des modifications et innovations des décrets-lois de 1935. Les délits spéciaux créés à l'intention des commissaires aux comptes et les nouveaux cas de complicité possibles n'excluent d'ailleurs aucunement l'application des anciennes dispositions de l'art. 15 de la loi de 1867 ou des art. 405 et 408 du Code pénal. Dans quelques cas, il peut y avoir concours idéal d'infractions, et alors la question de décider si l'un ou l'autre texte est applicable peut présenter un gros intérêt au point de vue de la peine et de la prescription. (V. N° 296.)

**329.** — Notons également que le caractère spécial de la loi touchant le crédit public et dont les infractions sont sanctionnées dans un grand nombre de cas par une forte peine correctionnelle suffit à conférer au statut nouveau des commissaires un caractère impératif qui ne souffre aucune atténuation conventionnelle, fût-elle même consentie par l'unanimité des actionnaires. (Conf. MM. Lagarde, N° 108, Planiol, Ripert et Esmein, t. VI, N° 244).

Depuis 1935, le commissaire a cessé d'opérer dans l'unique intérêt des actionnaires dont il a également cessé, à notre avis, d'être le mandataire exclusif (V. N<sup>os</sup> 27 et svts); il est devenu un instrument de surveillance qui puise sa mission, ses attributions, ses droits et également ses devoirs avant tout dans la loi. Et voici le sens profond pour les commissaires aux comptes de la réforme de 1935; en créant et en réglementant leur statut dans le détail de son fonctionnement, en les rendant indépendants du conseil d'administration et en leur confiant une mission de salubrité publique assortie d'une lourde responsabilité, la loi de 1935 a fait du commissariat une institution fonctionnelle d'intérêt collectif.

**330.** — Quel est l'accueil qui fut réservé à la réforme de 1935 par la doctrine? M. le Professeur Solus convient, dans son livre sur la *Réforme du Droit des Sociétés* (N° 5), que l'œuvre législative réalisée par l'ensemble des décrets-lois de 1935 est considérable. « Sur bien des points, dit-il, les réformes effectuées sont heureuses, et dans l'ensemble on peut affirmer qu'elles ont fait faire à notre législation des sociétés un progrès réel. Mais il faut bien reconnaître que la confection hâtive des décrets-lois est trop souvent défectueuse et imparfaite. » Certes, nous partageons cet avis et nous aurons maintes fois l'occasion de démontrer des imperfections. Mais nous estimons également que la loi n'avait rien à gagner à être plus laborieusement élaborée dans un jeu de raquette se passant entre le Sénat, la Chambre et les différentes commissions et sous-com-

missions ; les exemples du passé sont fort édifiants à ce sujet et nous rappelons qu'aucun des nombreux projets et propositions de lois depuis 1883 (V. supra N° 324) n'a pu aboutir à la moindre mesure législative dans cette longue période de 42 ans de stagnation, tandis que les écumeurs de l'épargne publique ont été beaucoup plus prestes à leur besogne. Nous préférons donc un maigre lapin dans notre assiette à un gros lièvre qui court encore et plus vite que nous.

M. le Doyen Ripert, dans la préface qu'il a écrite à l'œuvre de M. Lisbonne, s'exprime dans les termes suivants : « Je suis d'accord avec M. Lisbonne que la loi du 24 juil. 1867 appelle une révision complète, mais je n'ai aucune admiration pour le replâtrage de 1935. Des mains trop habiles ont écarté les réformes profondes et se sont contentées de boucher quelques trous. » Nous pensons que l'avis de M. le Doyen est bien sévère s'il doit concerner également la partie de la réforme consacrée au commissariat. Ici, le législateur a réellement fait œuvre constructive en prenant le problème à sa base. L'œuvre n'est pas parfaite, mais elle est fort bien défendable et certainement utile. Surpris par une tempête, nous préférons un abri sérieux et sûr à portée de la main à un beau château tout fraîchement construit sur une montagne voisine.

Une autre pensée se fait jour dans la préface donnée par M. Marc Barbut au livre de M. Masson. M. Barbut, praticien de vieille date et président du Jury d'examen pour l'obtention du Brevet d'Expert-comptable reconnu par l'Etat, fait remarquer que « les commissaires les plus sérieux peuvent éprouver le légitime désir de n'être pas constamment sur le qui-vive ; ne s'éloigneront-ils pas des sociétés qui appelleraient la plus stricte surveillance ? ». A quoi M. Lisbonne semble avoir répondu d'avance en disant (N° 266) : « On ne saurait critiquer, comme cela s'est déjà produit, le principe de la responsabilité pénale des commissaires aux comptes. La crainte de tomber sous le coup de la loi n'écarte que rarement ceux que leurs qualités rendent habiles à remplir des fonctions. Tel sera le cas pour



les commissaires ; seuls les incapables qui n'étaient que des vérificateurs de paille seront rebutés par la peur d'un châtiement correctionnel ».

N'oublions cependant pas que la réforme a édicté des sanctions correctionnelles qui paraissent frapper de simples délits contraventionnels, ne nécessitant donc aucunement la mauvaise foi ou la faute dolosive de l'inculpé. Les craintes de M. Barbut ne sembleraient pas ainsi dépourvues de quelque fondement si la jurisprudence devait réellement sanctionner ces délits-contraventions.

331. — Jusqu'à présent la jurisprudence n'a pas encore eu beaucoup d'occasions d'émettre sa manière de voir en face des décrets-lois de 1935. Les arrêts et jugements rendus depuis cette date dans cette matière concernent presque exclusivement des infractions commises sous l'ancienne législation. Nous ne pourrions donc pas nous appuyer, dans l'étude qui va suivre, sur l'opinion de la jurisprudence et les discussions seront d'ordre purement doctrinal. De cette absence de jurisprudence récente faut-il conclure que la réforme tant appelée était moins urgente qu'on a voulu le croire ou qu'elle est absolument inopérante ? Ou faut-il penser que l'influence salubre de la réforme s'est fait sentir immédiatement sous une forme préventive ? Nous le croyons en partie tout en restant persuadé que cette période de quasi-accalmie sera suivie d'une période de recrudescence sensible, nécessaire d'ailleurs pour vider encore un certain nombre d'abcès qui se trouvent sur le corps de l'institution fonctionnelle de la société anonyme. C'est alors que la réforme de 1935 rendra les plus précieux services en permettant à l'action judiciaire de circonscrire la discussion sur des points précis, c'est-à-dire sur chacune des obligations positives mises à la charge des commissaires, et dont nous aurons à faire l'étude dans les huit sections qui vont suivre.

SECTION PREMIÈRE. — LES DÉLITS RELATIFS AUX INCOMPATIBILITÉS  
D'EXERCER LES FONCTIONS DE COMMISSAIRE AUX COMPTES

**332.** — § 1. *L'art. 33 de la loi du 24 juillet 1867 modifié par un décret-loi du 8 août 1935 est ainsi conçu :*

*« Ne peuvent être choisis comme commissaire :*

*1° Les parents ou alliés jusqu'au 4° degré inclusivement ou le conjoint des administrateurs ou des apporteurs.*

*2° Les personnes recevant sous une forme quelconque, à raison de fonctions autres que celles de commissaire, un salaire ou une rémunération des administrateurs ou de la société ou de toute entreprise possédant le dixième du capital de la société, ou dont la société possède au moins le dixième du capital.*

*3° Les personnes, à qui l'exercice de la fonction de gérant ou d'administrateur est interdite ou qui sont déchus du droit d'exercer cette fonction.*

*4° Le conjoint des personnes ci-dessus visées.*

*Si l'une des causes d'incompatibilité ci-dessus indiquées survient au cours du mandat, l'intéressé doit cesser immédiatement d'exercer ses fonctions et en informer le conseil d'administration au plus tard quinze jours après la survenance de cette incompatibilité...*

*(Suit un passage que nous aurons à citer et à examiner plus loin).*

*Les commissaires inscrits sur la liste de la cour d'appel ne peuvent exercer les fonctions d'administrateurs de société.*

*Les commissaires ne peuvent pas devenir administrateurs des sociétés qu'ils contrôlent moins de cinq années après l'expiration de leur mandat. Sont assimilés à la société contrôlée, pour l'application de la présente disposition :*

*1° Celles dans lesquelles la dite société possède un dixième au moins du capital au moment de la cessation des fonctions du commissaire.*

*2° Celles qui possèdent un dixième au moins du capital de la*

*dite société au moment de la cessation des fonctions du commissaire.*

*Est passible d'une amende de 1.000 à 20.000 francs toute violation des dispositions des alinéas 1, 2, 7 et 8 du présent article.*

*Les délibérations prises par l'assemblée des actionnaires sur le rapport d'un commissaire nommé ou demeuré en fonctions contrairement aux dispositions du présent article ne peuvent pas être annulées du chef de la violation de ces dispositions... »*

**333.** — Voici tout un ensemble de dispositions édictant des incompatibilités et interdictions en rapport avec l'exercice du commissariat aux comptes. On peut classer ces dispositions rationnellement de la manière suivante :

a) incompatibilité résultant d'un lien de parenté, de mariage ou d'alliance ;

b) incompatibilité résultant de l'exercice d'une fonction salariée dans la société même ou sa société mère ou sa société filiale ou chez un de ses administrateurs ;

c) incompatibilité pour raison d'indignité ;

d) interdiction pour les commissaires inscrits sur la liste d'une Cour d'appel d'exercer un mandat d'administrateur quelconque et pour tous les commissaires de devenir administrateurs de la société qu'ils contrôlent ou d'une société mère ou filiale avant l'expiration d'un délai de cinq ans qui suit la cessation de leur fonction de commissaire.

Enfin, selon le texte de la loi, une sanction pénale considérable est édictée pour toute violation « des dispositions des alinéas 1, 2, 7 et 8 » de l'art. 33.

**334.** — Ces alinéas sont-ils bien ceux qui établissent les incompatibilités et interdictions énumérées ? Rien dans le texte officiel du décret du 8 août 1935 ne permet de l'affirmer ; ses rédacteurs, si étrange que cela puisse paraître, se sont servis du mot alinéa qui, étymologiquement, signifie toute ligne dont

le premier mot est rentré (M. Solus N° 248) pour un texte comportant fatalement dans sa présentation typographique par suite de ses énumérations des rentrées de lignes nombreuses. Aussi le chaos que représente cet article 33 dans le J. O. a donné immédiatement lieu à un travail de recherche et de mise au point.

Presque tous les auteurs concluent qu'il ne faut pas comprendre le mot alinéa dans le sens traditionnel, mais dans le sens d'un ensemble de texte concernant le même point et ils en déduisent que les sanctions légales concernent bien les incompatibilités et interdictions énumérées. (MM. Lepargneur (1), Masson N° 55, Solus N° 248, Tchernoff suppl. N° 34, Constantin et Gautrat N° 614). Toute cette interprétation qui ne peut pas faire le moindre doute au point de vue de la logique a d'ailleurs reçu une quasi-consécration légale par un décret du 30 juillet 1937 lequel, ajoutant un nouveau paragraphe à l'art. 33, se réfère expressément à l'alinéa 6 de l'art. 33. Il confirme, par la concordance de la matière de l'alinéa 6 présumé avec celle qui est traitée dans le paragraphe ajouté, la position exacte de l'alinéa 6 dans l'ensemble de l'art. 33 (M. Masson suppl. N° 15). Tout le système se trouve ainsi juridiquement « ancré ».

**335.** — § 2. Une autre question importante s'est posée au sujet de l'application des sanctions de l'art. 33. Les amendes allant de 1.000 à 20.000 francs sont-elles encourues par le simple fait matériel de l'infraction à une des incompatibilités et interdictions existantes, même si le fait s'est produit à l'insu du contrevenant comme dans le cas d'ignorance de la relation existant entre société mère et filiale ? En autres termes, les sanctions de l'art. 33 ont-elles le caractère de délits intentionnels ou de délits contraventionnels ?

Si l'on se tient à une interprétation littérale du texte il faut, selon la majorité des auteurs, opter pour le caractère contra-

---

(1) G. Prud. 15 jan. 1936.



ventionnel du délit, surtout si l'on considère l'art. 4 de la loi de 1867, modifié par le décret-loi du 8 août 1935. Cet article 4 établit les mêmes cas d'incompatibilité pour raison de parenté, de fonctions rémunérées et d'indignité à l'égard des commissaires aux apports et il les sanctionne également par une amende de 1.000 à 20.000 francs, en précisant cependant qu'il faut avoir enfreint « sciemment » aux dispositions édictées.

336. — Est-il vraiment permis de conclure par la présence du mot « sciemment » dans l'art. 4 et son absence dans l'art. 33 que le législateur a voulu prendre deux poids et mesures pour les commissaires aux apports et les commissaires aux comptes pour punir une infraction identique et de même portée ? Ou s'agit-il d'une simple inadvertance dans l'art. 33, oubli cependant un peu surprenant puisque, un peu plus loin, dans l'art. 34, le législateur se sert de nouveau du mot « sciemment » ? Devant la parfaite illogique des conséquences pratiques et juridiques d'une interprétation littérale dans le sens d'un délit contraventionnel, la majorité des auteurs a conclu à un oubli regrettable et inexplicable des rédacteurs de la loi (MM. Constantin et Gautrat N° 618, Piot N° 69, Gayet p. 140, Lagarde N° 71, Houpin et Bosvieux suppl. p. 172, Masson N° 60, Gabolde N° 3, Solus N° 248, Rousselet et Patin N° 339, Tchernoff suppl. N° 33) en faisant ressortir que le délit contraventionnel constitue un régime d'exception et que l'importance de l'amende allant jusqu'à 20.000 frs confère *ipso facto* à l'infraction examinée le caractère d'un délit intentionnel.

337. — M. Delattre (N° 264) fait une distinction quelque peu arbitraire. Pour lui, les infractions aux alinéas 1 et 2 sont intentionnelles, celles aux alinéas 7 et 8 contraventionnelles. M. Lisbonne (N° 257) opte nettement pour le délit contraventionnel et s'en console à la pensée que le nouveau texte ne prévoit que des sanctions pécuniaires contrairement au projet Flandin-Pernot qui sanctionnait les mêmes infractions d'une peine cor-

porelle, ce qui aurait été une grave erreur pour un délit d'ordre contraventionnel. MM. Dolbeau et Cantenot (N<sup>o</sup> 262) croient à l'erreur de rédaction commise par le législateur; mais ils se refusent « à ajouter au texte qui, comme toutes les dispositions pénales, doit être interprété restrictivement ».

**338.** — Personnellement, nous nous rangerions avec quelques regrets à l'argumentation stricte de ces derniers auteurs, si cette solution ne conduisait pas à des cas d'application absolument impossibles, comme nous allons le démontrer plus loin, et si nous ne trouvions pas un argument de texte dans la rédaction même de l'article incriminé. Cet article inflige les sanctions en cas de « violation » des dispositions légales.

Nous estimions avec MM. Constantin et Gautrat (N<sup>o</sup> 618) que le terme « violation » n'est pas synonyme de « contravention », et nous pensons même qu'il contient l'idée d'une volonté péjorative bien marquée. C'est pour cette raison que nous sommes résolument partisan du délit intentionnel, et nous demandons que toutes les fois que la mauvaise foi ne résultera pas des circonstances, sa preuve devra être faite par la prévention.

**339.** — § 3. — La loi de 1867 érige donc en premier lieu une incompatibilité entre l'exercice de la fonction de commissaire aux comptes et la qualité de « parents ou alliés jusqu'au 4<sup>e</sup> degré inclusivement ou de conjoint des administrateurs ou des apporteurs ». Sont ainsi exclus le conjoint même, ainsi que les père ou mère, les frères ou sœurs, les grands-pères ou les grand'mères, les arrière-grands-pères ou grand'mères, les oncles ou tantes, les grands-oncles ou grand'tantes, les neveux ou nièces, les petits-neveux ou petites-nièces, les cousins ou cousines germains, de tous les administrateurs et des apporteurs eux-mêmes.

**340.** — Bien que le but de la loi, à savoir l'établissement d'une indépendance morale complète entre contrôleur et contrôlé (sans parler des intérêts pécuniaires entre personnes appelées à hériter les unes des autres) soit hautement louable, nous

pouvons nous trouver en face de réelles difficultés, car si surprenant que cela soit, on n'est pas toujours sûr de connaître tous ses parents et alliés jusqu'au quatrième degré ainsi que leur conjoint, surtout dans le cas où ce dernier vit en séparation de corps. Si les sanctions de l'art. 33 avaient vraiment un caractère contraventionnel, il faudrait pour être absolument sûr de l'absence d'un lien de parenté ou d'alliance prohibé, que le commissaire fournisse l'état civil d'un nombre de personnes allant, dans le cas de famille prolifique, à quelques centaines de documents et qu'on rapproche ces états avec la liste des administrateurs et des apporteurs. Nous n'insistons pas sur l'absurdité d'une pareille enquête imposée au commissaire à nommer qui, bien entendu, ne saura accepter et commencer des fonctions avant leur complet aboutissement.

Nous aurions certainement préféré que la loi, au lieu de parler des parents ou alliés jusqu'au quatrième degré et leur conjoint, donnât une courte liste limitative de parents et alliés vraiment proches, en laissant de côté les petits-neveux et petites-nièces ainsi que leur conjoint.

Mais il y a mieux encore, car une alliance au degré prohibé peut se produire à l'insu du commissaire pendant le temps de l'exercice de ses fonctions. Un apporteur par exemple ne jouant aucun rôle actif dans la société se marie à une petite-nièce du commissaire. S'il y a délit contraventionnel, l'amende est encourue d'office, sans discussion possible, puisque le fait matériel est établi. Les commissaires, pour être absolument garantis contre ce genre de surprise, auront ainsi le devoir de surveiller attentivement les idées matrimoniales ou bien de tous leurs parents et alliés jusqu'au quatrième degré, ou bien de tous les administrateurs et apporteurs de la société.

Il faut donc convenir que les sanctions édictées ne peuvent pas avoir un caractère contraventionnel, car telle n'a pas pu être l'intention du législateur qui, dans la hâte avec laquelle il a rédigé les décrets-lois, a fort malencontreusement oublié d'y insérer le mot « sciemment ».

**341.** — On peut se demander également quelle est la portée de l'expression « administrateur » et « apporteur ». Il semble bien qu'il ne peut s'agir que d'administrateurs en exercice, qui seuls, peuvent encore prétendre à cette dénomination. Quant aux apporteurs, MM. Constantin et Gautrat (N<sup>o</sup> 620) estiment qu'il s'agit uniquement des titulaires actuels d'actions d'apport bien que M. Bosvieux y comprenne également les apporteurs ayant cédé leurs actions. Nous inclinons dans ce dernier sens, car bien que MM. Constantin et Gautrat fassent remarquer que « l'interprétation littérale du texte rend celui-ci dépourvu de toute base rationnelle et logique », nous estimons qu'il n'en est rien : l'art. 4 de la loi de 1867 déclare que les apporteurs ne sont pas à l'abri d'une action intentée pour cause de vol ou de fraude, nonobstant l'approbation des apports par l'assemblée générale constitutive. Il peut donc bien y avoir antithèse entre l'intérêt d'un ancien apporteur et le devoir d'un commissaire aux comptes. Par contre nous sommes d'accord avec MM. Constantin et Gautrat (N<sup>o</sup> 620) s'ils estiment que le mode de rémunération des apports en nature est indifférent, l'expression « apporteurs » ne laissant aucune place à une discrimination de ce genre. M. Bosvieux (1) conclut dans le même sens.

**342.** — Il faut encore dire un mot au sujet de l'exercice éventuel de la fonction de commissaire par une personne morale, une société fiduciaire par exemple. Nous estimons avec M. Masson (N<sup>o</sup> 71) que « le régime nouveau des incompatibilités a été institué en considération des personnes physiques » et que les personnes morales ne sauraient être appelées aux fonctions de commissaire aux comptes.

**343.** — § 4. — La deuxième incompatibilité édictée par la loi est relative à l'exercice d'une fonction rémunérée sous une forme quelconque dans la société ou sa société mère ou une de ses

---

(1) J. S. 1936.153.



filiales ou encore chez un des administrateurs, soit par le commissaire lui-même, soit par son conjoint.

Quelques difficultés d'interprétation méritent commentaire. Il faut, pour les résoudre, ne pas perdre de vue le but poursuivi par le législateur : assurer une indépendance complète des commissaires pour lesquels toute forme de rémunération crée une présomption de dépendance.

**344.** — Mais cette dépendance doit-elle se traduire par un lien juridique tel que celui d'employé, ou suffit-il d'une simple subordination d'intérêts pécuniaires, comme celle qui existe entre client et fournisseur ou entre créancier et débiteur ? Personne n'a encore douté que le lien de dépendance juridique ne soit prohibé par la loi, mais personne n'a pas osé non plus affirmer que le lien de subordination pécuniaire était suffisant, car la loi ne parle que d'une « rémunération à raison des fonctions ».

Nous estimons par conséquent que toute rémunération pour fonctions basée sur un lien de dépendance résultant d'un contrat de louage de service crée un cas d'incompatibilité, tandis que toute rémunération basée sur un lien de simple intérêt pécuniaire échappe complètement. Quand le lien de dépendance juridique a cessé et que la rémunération pour fonction est devenue un droit de créance, l'incompatibilité n'a plus aucune raison d'être. Nous pensons donc avec MM. Constantin et Gautrat (N° 621) que le fait de recevoir, postérieurement à l'acceptation du mandat de commissaire pour une fonction accomplie antérieurement, des sommes restant dues, ne saurait constituer une incompatibilité. Nous y assimilons toute pension d'invalidité, véritable droit de créance (conf. M. Lagarde N° 43) et même une pension de retraite (conf. MM. Bosvieux (1), Constantin et Gautrat N° 621; contra M. Lagarde N° 43).

Cette opinion se fait également jour dans une réponse ministérielle donnée sur une question du député Peissel (2), disant :

---

(1) J. S. 1936.153.

(2) J. O. 5 fév. 1936.

« il ne semble pas que le fait de recevoir une retraite, consécutive à des fonctions ayant actuellement cessé, mette le bénéficiaire dans une dépendance qui justifie l'application de la disposition dont il s'agit ». Il en est de même des conseillers juridiques, fiscaux ou techniques rémunérés à la consultation ou au dossier et non par une allocation périodique (conf. MM. Masson N<sup>o</sup> 61, Lagarde N<sup>o</sup> 41; contra MM. Rousselet et Patin N<sup>o</sup> 336). Nous ajoutons également les fonctions d'arbitre conférées occasionnellement à un commissaire.

**345.** — Aucun inconvénient n'existe à notre avis à ce qu'un commissaire aux comptes soit en même temps commissaire à la société mère et à une filiale, la loi n'envisageant que des fonctions comportant un lien de dépendance.

**346.** — Mais dès qu'une fonction, au lieu de s'exercer occasionnellement et d'une façon libre, se base sur un lien de louage de service ou d'entreprise qui implique par sa nature même une certaine relation de maître et de subordonné, la prohibition de la loi joue pleinement.

Les experts-comptables ne sauraient donc pas cumuler dans la même société les deux emplois d'expert et de commissaire et il nous semble que les praticiens ont perdu un peu de vue cette conséquence inéluctable des prescriptions de l'art. 33.

**347.** — Il y a également deux mots à dire au sujet des sociétés et entreprises pour lesquelles l'incompatibilité a été établie. En insérant le terme « entreprise » dans son texte le législateur a entendu proscrire toute fonction rémunérée dans une firme quelconque, constituée ou non en société.

**348.** — Il va sans dire que tout commissaire, en face de ces prohibitions, ne doit ni accepter ni exercer son mandat sans avoir vérifié l'absence des causes d'incompatibilité. Cette vérification ne sera pas toujours facile, surtout si les actions revêtent la forme au porteur. Comment le commissaire peut-il connaître,

par exemple, la participation pour un dixième du capital ou plus, réalisée sous forme d'acquisition d'actions au porteur par une société qui le rémunère pour une fonction quelconque dans une société dans laquelle il est commissaire ? Et, dans le cas inverse, comment peut-il savoir avec certitude avant l'exercice de sa fonction de commissaire si la société qui le nomme ne possède pas une participation forte dans une autre société où il a une fonction rémunérée ? A moins que le conseil qui le propose ne lui donne toute garantie en autorisant un travail préalable de vérification, contrôle qui, en pratique, est quasiment irréalisable d'avance. Mais alors, si le délit a bien un caractère contraventionnel, tel que le prétendent certains auteurs (V. N° 337) le commissaire proposé qui accepte sans pouvoir vérifier d'avance est frappé par la peine édictée, même s'il a, comme premier acte de sa fonction, procédé au contrôle qui s'impose, constaté l'incompatibilité et donné sa démission. Et pourtant il n'y était pour rien si les administrateurs l'ont trompé. Comment sortir de ce cercle vicieux, car pour constater l'incompatibilité il faut vérifier en exerçant la fonction de commissaire, mais en l'exerçant le commissaire enfreint déjà la règle légale et devient punissable. Nous voyons dans cette conséquence illogique et inéquitable de l'application de la théorie du délit-contravention un nouvel argument pour la rejeter, car le législateur n'a certainement pas voulu aboutir à des solutions nettement absurdes.

**349.** — § 5. — *L'art. 33 prévoit une troisième incompatibilité pour les personnes « à qui l'exercice de la fonction de gérant ou d'administrateur est interdite ou qui sont déchues du droit d'exercer cette fonction ».* La loi se réfère ainsi à un autre décret-loi, également du 8 août 1935, « portant application aux gérants et administrateurs de société de la législation de la faillite et de la banqueroute et instituant l'interdiction et la déchéance du droit de gérer ou d'administrer une société ».

**350.** — Avant 1935, n'importe qui pouvait être administrateur

ou gérant d'une société, ayant ainsi sous sa main des capitaux plus ou moins considérables provenant de l'épargne publique, tandis que l'Etat exigeait pour des emplois fort modestes la production d'un casier judiciaire vierge. Très timidement, une loi du 19 juin 1930 était intervenue, interdisant à certains condamnés et faillis la profession de banquier. Les décrets-lois du 8 août 1935 ont le mérite d'avoir reconnu la nécessité d'une intervention de l'Etat et ont définitivement porté remède à cette situation. Ils ont institué une série d'interdictions opérant obligatoirement et des déchéances laissées à la libre appréciation du juge.

**351.** — Les causes d'interdictions sont énumérées dans l'art. 6 dudit décret-loi du 8 août 1935 de la façon suivante : « *Toute condamnation définitive pour crime de droit commun, pour vol, pour abus de confiance, pour escroquerie ou pour délit puni par les lois des peines de l'escroquerie ou de la banqueroute, pour soustraction commise par dépositaire public, pour extorsion de fonds ou valeurs, pour émission de mauvaise foi de chèques sans provision, pour atteinte au crédit de l'Etat, pour recel des choses obtenues à l'aide de ces infractions.* »

L'article précise ensuite que toute condamnation pour tentative ou complicité des infractions ci-dessus entraînera la même incapacité et qu'elle est également encourue par les faillis non réhabilités.

Quant aux déchéances facultatives, elles peuvent être prononcées en vertu de l'art. 10 contre les administrateurs et gérants par les tribunaux de commerce, si lors de la procédure de faillite des fautes lourdes ont été relevées à leur charge. La déchéance de l'art. 10 peut n'être que momentanée, car la personne frappée peut, au bout de cinq ans, demander le retrait de cette mesure.

Nous n'avons aucun commentaire particulier à ajouter à ces sages prescriptions de la loi si ce n'est pour souligner que la question du délit contraventionnel ne se pose pas puisque le



commissaire connaît nécessairement la peine qui l'a frappé, à moins qu'il ne s'agisse d'une condamnation par défaut devenue définitive.

**352.** — § 6. — En plus des trois incompatibilités que nous venons d'examiner, l'*art. 33* spécifie que « *les commissaires inscrits sur la liste de la Cour d'appel ne peuvent exercer les fonctions d'administrateurs de société* ». Voilà une interdiction qui est formelle. Et pourtant, elle a soulevé des questions d'interprétation, surtout de la part de MM. Constantin et Gautrat (N° 638 et svts).

Ces auteurs se demandent tout d'abord si l'inscription à elle seule sur la liste établie dans les conditions prévues par le règlement d'administration publique du 29 juin 1936 est suffisante pour entraîner l'interdiction, ou s'il faut que la personne inscrite soit effectivement nommée commissaire par une société anonyme. En se basant sur le texte du dit règlement, MM. Constantin et Gautrat soutiennent avec raison que l'inscription sur la liste donne simplement qualité pour être commissaire. Pour le devenir, il faut de plus une nomination effective aux fonctions de commissaire par une société anonyme. Nous inclinons, contre l'avis de MM. Rousselet et Patin (N° 342), vers cette interprétation littérale et restrictive d'un texte pénalement sanctionné, d'autant plus que le motif qui a inspiré le législateur, à savoir éviter le cumul entre la fonction d'administrateur et celle de contrôleur, n'est nullement battu en brèche aussi longtemps qu'une seule des deux fonctions est exercée. Pourquoi ne pas laisser à une personne remplissant les conditions exigées par le décret du 29 juin 1936 le droit d'exercer l'une ou l'autre des deux fonctions, pourvu qu'elle ne les remplisse pas cumulativement ? Le ministre du Commerce, auquel une question fut posée à ce sujet le 16 mars 1937 par le sénateur Laurent-Eynac, a répondu évasivement en renvoyant à la décision éventuelle des tribunaux (1).

---

(1) J. O. 28 avr. 1937.

**353.** — Inversement, on peut se poser la question de savoir si le délit est consommé du seul fait de l'acceptation par un commissaire inscrit sur la liste d'une Cour d'appel du mandat d'administrateur d'une société, ou s'il faut en plus l'exercice effectif de cette fonction (MM. Constantin et Gautrat, N<sup>o</sup> 639). Le texte légal prévoit « l'exercice » des fonctions. Mais ne peut-on pas dire que le fait d'accepter le mandat d'administrateur comporte l'exercice de la fonction, même si l'administrateur n'exerce pas d'une façon continue et ininterrompue ? Ne peut-on pas dire qu'il sera mal venu, ne pouvant point nier sa qualité d'administrateur, de se prévaloir d'une absence d'activité qui, en elle-même, est une faute ou une négligence, pour se dégager d'une responsabilité pénale résultant d'une infraction qu'il avait tout au moins bien l'intention de commettre s'il ne l'a pas commise ?

**354.** — Précisons encore, pour finir ce paragraphe, qu'il importe peu que les fonctions d'administrateur soient gratuites ou non (1), la gratuité de la fonction n'ayant aucun rapport avec le cumul prohibé. Disons également avec MM. Houpin et Bosvieux (suppl., p. 179), que le gérant d'une société en commandite ou à responsabilité limitée peut devenir commissaire inscrit, l'art. 33 ne parlant que des fonctions d'administrateur.

**355.** — § 7. — Les décrets-lois n'ont pas seulement édicté une interdiction de cumul de fonctions à l'égard des commissaires inscrits sur la liste d'une Cour d'appel, ils ont également institué dans le § 9 de l'art. 33 une interdiction générale pour tous les commissaires qui « *ne peuvent pas devenir administrateurs des sociétés qu'ils contrôlent moins de cinq années après l'expiration de leur mandat. Sont assimilées à la société contrôlée pour l'application de ces dispositions : 1° celles dans lesquelles la dite société possède un dixième au moins du capi-*

---

(1) Rep. Min. J. O. 19 nov. 1937.

*tal au moment de la cessation des fonctions du commissaire; 2° celles qui possèdent un dixième du capital de ladite société au moment de la cessation des fonctions du commissaire ».*

**356.** — Quel est le but poursuivi par le législateur ? Il a voulu que l'indépendance complète des commissaires aux comptes ne soit pas altérée par l'espoir de devenir, à l'expiration de leur mandat, administrateur de la société qu'ils contrôlent ou d'une société ayant des intérêts communs avec cette dernière (Conf. MM. Rousselet et Patin, N<sup>o</sup> 343). Les commissaires considéraient trop souvent leurs fonctions comme un stage préalable à l'entrée au conseil d'administration, en sacrifiant leurs obligations de commissaires pour s'attirer les bonnes grâces des administrateurs et pour s'élever jusqu'à eux (Conf. M. Derkenne, N<sup>o</sup> 100).

**357.** — Le législateur a donc fait une fois de plus œuvre utile et nous pouvons vraiment dire que la réforme de 1935 a généralement très bien touché les défauts de l'ancienne loi en matière de commissariat. Toutes les critiques qu'on peut lui adresser concernent beaucoup plus la rédaction défectueuse du texte que le fond même des réformes promulguées. Mais pourquoi alors le législateur d'aujourd'hui, tenant compte des critiques formulées, ne procède-t-il pas à un remaniement des textes incriminés pour parfaire l'œuvre de 1935 ? Ce serait une tâche utile à faire. Et pour illustrer la nécessité d'une telle retouche, nous pouvons tout de suite faire observer la différence de rédaction employée dans l'alinéa 8 de l'art. 33 que nous venons de commenter dans le paragraphe précédent et l'alinéa 9 du même article qui nous occupe maintenant. Tandis que l'alinéa 8 prescrit que certains commissaires « ne peuvent exercer » les fonctions d'administrateur, l'alinéa 9, une ligne plus loin, se sert de l'expression : « ne peuvent pas devenir administrateur ». Pourquoi cette différence de rédaction, si aucune différence de signification n'est à sa base ? Or, nous

avons exposé plus haut (V. N° 353) que la rédaction de l'alinéa 8 concerne bien, à notre avis, le fait d'accepter le mandat d'administrateur ou de devenir administrateur, pour parler selon les termes de l'art. 9, et non le fait d'exercer effectivement les fonctions.

**358.** — Quant à la quotité de participation de capital qui sera le critérium de la prohibition, MM. Dolbeau et Cantenot (N° 254) ne pensent pas « que le dixième du capital soit une quotité suffisante pour qu'une société se trouve sous le contrôle et la dépendance d'une autre ». Théoriquement, la proportion exigée par le législateur semble bien faible; pratiquement toutefois le dixième du capital réuni dans une même main exerce souvent une influence déterminante dans les assemblées générales, étant donné la défaillance des autres actionnaires et les moyens qui s'offrent à un conseil décidé à représenter une autre partie du capital par pouvoir ou personnes interposées.

MM. Dolbeau et Cantenot (N° 255) estiment ensuite que la disposition qui fait de la composition du capital, au moment de la cessation des fonctions, la base d'appréciation est critiquable. Mais quelle autre base aurait-on pu prendre ? On ne pouvait pas prescrire des calculs de moyenne et suivre le portefeuille des sociétés intéressées avant ou après le départ du commissaire, sauf peut-être pendant une période très courte (un an p. ex.) précédant ce départ, afin d'éviter que la véritable situation soit camouflée par un heureux jeu d'écriture ou une mutation fictive des titres le jour même du départ du commissaire.

**359.** — Des observations beaucoup plus importantes peuvent être faites au sujet de l'ancienne question que nous retrouvons comme un fil rouge traversant toute cette section : le délit est-il intentionnel ou contraventionnel ? Il faut incliner une fois de plus pour la solution du délit intentionnel, étant donné les conséquences impossibles d'une autre interprétation. En



effet, on peut se demander avec MM. Houpin et Bosvieux (suppl., p. 173) comment un ancien commissaire saura, avant d'accepter les fonctions d'administrateur, si la société possédait trois ou quatre ans plus tôt une participation d'un dixième dans une autre société dont il était commissaire. M. Lagarde (N° 89) fait ressortir à juste titre que la sanction édictée pour pénaliser les infractions de l'art. 33 alinéa 9 a le caractère d'une amende correctionnelle, en sorte que l'intention délictueuse devienne un élément indispensable de l'infraction.

**360.** — Une autre question a fortement occupé les commentateurs de l'alinéa 9. Que doit-on décider pour les commissaires aux comptes qui ont cessé leurs fonctions avant la mise en application du décret-loi et ne sont devenus administrateurs qu'après ? Ces commissaires, a pu dire M. Lagarde (N° 117), en acceptant des fonctions médiocrement rétribuées, ne pouvaient se douter qu'ils retardaient ainsi leurs chances d'entrer au conseil.

Pourtant, il est impossible d'accorder un régime d'indulgence à ces anciens commissaires. En effet, « toute loi nouvelle régit en principe les situations établies et les rapports juridiques formés dès avant sa promulgation, à moins que la loi nouvelle ne porte atteinte à des droits acquis sous l'empire de la législation antérieure ». Ainsi a décidé la Cour de cassation, toutes chambres réunies, le 13 janvier 1932 (1). Or, dans le cas qui nous occupe, il n'existe aucun droit acquis du commissaire auquel on a fait espérer un fauteuil dans le conseil. Il en est autrement des anciens commissaires ayant été définitivement élus membres du conseil avant l'application de la réforme. Toute la doctrine est d'accord que la conservation d'un tel mandat est licite.

Par contre, le renouvellement d'un mandat exercé dans les conditions visées est à assimiler à une nouvelle élection et doit

---

(1) D. P. 32.I.18.

subir par conséquent le « purgatoire » de cinq ans qui sépare dorénavant obligatoirement le moment de la cessation des fonctions de commissaire du jour de l'élection au rôle d'administrateur. (Conf. MM. Constantin et Gautrat, N° 645 ; Rousselet et Patin, N° 344 ; Houpin et Bosvieux, suppl., N° 173 ; Lagarde, D.H. 1936.81 ; Contra : Bastian, *Rép. gén. prat. de jurispr. et de législ.*, 1936, p. 75).

**361.** — § 8. — Après avoir ainsi examiné les cinq incompatibilités et interdictions créées par l'art. 33 de la loi de 1867, nous devons nous demander si les sanctions prévues frappent non seulement le commissaire qui est fatalement l'auteur principal des délits créés à son intention, mais également les complices éventuels, parmi lesquels se trouvent en premier lieu les administrateurs. Il appartient en effet aux administrateurs de proposer à l'assemblée générale un commissaire aux comptes.

Or, il appert de l'art. 60 du Code pénal (V. N° 250) que toute provocation à un délit constitue un acte de complicité, si elle est faite en connaissance de cause. Nous n'hésiterons donc pas à considérer la proposition faite par les administrateurs à l'assemblée générale comme une complicité de provocation à un délit, si elle l'a été faite en pleine connaissance de cause des incompatibilités ou interdictions qui s'opposent à la nomination du candidat proposé. (Conf. MM. Houpin et Bosvieux, suppl., p. 173 ; Solus, N° 248 ; Lagarde, N° 71 ; Masson, N° 263 ; Rousselet et Patin, N° 345).

Seuls contre toute la doctrine qui se range à cette manière de voir, MM. Constantin et Gautrat (N°s 629 et 643) estiment que la simple intervention des administrateurs à l'assemblée générale en vue du choix du commissaire est à assimiler à un simple conseil qui, selon la jurisprudence, ne constitue pas un cas de complicité punissable.

Nous croyons qu'il ne faut pas perdre de vue l'influence réelle et souvent décisive qu'exerce le conseil d'administration dans les assemblées générales et l'autorité qui s'attache à ses

propositions. Nous estimons qu'une proposition de commissaire ainsi faite par le conseil d'administration force un peu la main à l'assemblée qui, tout en gardant la liberté du vote, ne saura pas se prononcer dans un autre sens sans établir ainsi *ipso facto* un vote de méfiance vis-à-vis du conseil. En pratique donc, les propositions ainsi faites dépassent de loin la sphère d'un simple conseil et il faut proclamer la complicité des administrateurs fautifs.

**362.** — Mentionnons encore que la tentative elle-même n'est pas punissable puisque l'art. 33 est muet à ce sujet et que l'art. 3 du Code pénal précise que « *les tentatives de délits ne sont considérées comme délits que dans les cas déterminés par une disposition spéciale de la loi* ». Le fait de poser sa candidature à une assemblée sans être élu ne sera donc pas punissable.

**363.** — § 9. — L'art. 33 prévoit également le cas de survenance d'une des trois causes d'incompatibilités pour parenté-alliance, pour fonction salariée et pour indignité au cours du mandat de commissariat aux comptes. « *L'intéressé doit cesser immédiatement d'exercer ses fonctions et en informer le conseil d'administration au plus tard quinze jours après la survenance de cette incompatibilité* ». Ce texte nécessite plusieurs précisions.

**364.** — Tout d'abord, quelle est la portée du terme « immédiatement » ? Cette expression veut dire à notre avis qu'il est défendu au commissaire de faire le moindre acte inhérent à sa mission à partir de l'instant même où il prend connaissance de l'incompatibilité. Tout acte postérieur sera une infraction au terme impératif d'« immédiatement » employé par la loi. Le commissaire ne saurait donc plus ni continuer ni finir un travail de vérification important qu'il a commencé, serait-il même sur le point de trouver les preuves matérielles relatives

à un délit des administrateurs qu'il vient de découvrir. Ne sera-t-il non plus autorisé à porter ce délit à la connaissance du Procureur de la République malgré l'obligation lourdement sanctionnée qui lui en est imposée par l'art. 34 de la loi de 1867 ? Répondre affirmativement à cette deuxième question (ce qu'il faudra faire si l'on se conforme à l'expression « immédiatement », car la dénonciation imposée est bien un acte fonctionnel du commissariat) conduit à une situation qui n'était certainement ni prévue ni voulue par la loi : le commissaire sera justement destitué de sa fonction par la loi même, au moment où il veut accomplir un acte essentiel de protection de l'épargne. La loi viendra ainsi fort mal à propos au secours des administrateurs infidèles.

Nous savons bien que l'hypothèse choisie ne doit pas se produire fréquemment, mais le fait même qu'elle soit parfaitement possible dans la rigueur des textes actuels constitue une démonstration péremptoire que le mot « immédiatement » ne doit pas être interprété avec toute la sévérité qu'il comporte étymologiquement. Les rédacteurs du texte auraient bien fait de se montrer un peu plus souples dans cette question.

**365.** — Ensuite, que signifie l'expression « exercer ses fonctions » ? Nous avons établi plus haut (V. N<sup>o</sup> 352) que nous ne pensions pas que le mot « exercer » présupposait nécessairement un rôle actif, une action positive de toute heure. Par le fait d'avoir accepté le mandat de commissaire, ce dernier est censé l'exercer. La question n'a pas une grande valeur ici, car le commissaire doit en tout état de cause s'abstenir d'un acte quelconque rentrant dans ses attributions, si ce n'est pas celui d'informer le conseil d'administration dans les quinze jours de l'incompatibilité survenue.

**366.** — Or, ici le texte légal contient une nouvelle bévue en précisant que le commissaire doit donner cet avis dans les quinze jours « après la survenance de cette incompatibilité ».



Il faut comprendre de toute évidence, « après qu'il a eu connaissance de la survenance de cette incompatibilité », ce qui n'est pas du tout la même chose, notamment pour la première incompatibilité résultant d'un lien de parenté ou d'alliance.

On pourrait tout au plus prétendre que l'interprétation étroite du texte est applicable si le commissaire apprend cette survenance avant que le délai de quinzaine soit écoulé. Mais nous rejetons cette interprétation, puisqu'elle laisse complètement ouvert le premier aspect du problème et puisqu'elle pourra aboutir à assigner au commissaire un délai de quelques heures, voire de quelques minutes seulement, pour expédier sa lettre d'information au conseil.

**367.** — Le délai de quinzaine attribué au commissaire court à partir du lendemain du jour où il a eu connaissance de l'incompatibilité, de sorte que l'expédition de la lettre de démission doit se faire au plus tard le seizième jour après cette prise de connaissance.

**368.** — Signalons encore un autre aspect particulier du problème de la survenance d'une incompatibilité qui peut se présenter. Pendant les trois années de mission qui sont assignées dorénavant au commissaire aux comptes, en vertu du nouvel art. 32 de la loi de 1867 (V. N<sup>o</sup> 79), les administrateurs ont éventuellement un moyen de se débarrasser d'un commissaire gênant. Ce moyen n'est peut-être pas commode et pas toujours praticable : il consiste à acquérir un dixième au moins du capital d'une autre société dans laquelle le commissaire exerce les mêmes fonctions. Il est alors obligé d'arrêter immédiatement sa mission dans l'une ou dans l'autre des deux sociétés, et il le fera probablement dans celle qui lui donne le moins de satisfactions, vu les difficultés d'entente avec le conseil d'administration. Cette démission imposée au commissaire est d'autant plus remarquable qu'il ne s'agit pas d'une révocation faite en règle et pour juste motif par l'assemblée générale dans

les formes prévues, mais d'une manœuvre isolée du conseil d'administration.

**369.** — § 10. — Pour être complet, ajoutons encore que le décret du 8 août 1935 ne comporte aucune clause écartant les circonstances atténuantes; ces dernières peuvent donc toujours être accordées par le juge.

**370.** — De même est applicable la loi du 26 mars 1891 sur le sursis à l'exécution de la peine, ainsi que la règle du non-cumul des peines, en l'absence de toutes dispositions contraires.

**371.** — M. Masson (N<sup>o</sup> 263) signale avec raison un cas de cumul idéal d'infractions. Lorsqu'il s'agit d'une personne frappée de la peine d'interdiction ou de déchéance d'administrer édictée par l'art. 6 du décret-loi du 8 août 1935 que nous avons étudié plus haut (V. N<sup>o</sup> 349), les fonctions de commissaire aux comptes lui sont doublement interdites. En effet, l'art. 6 de ce décret-loi créant les interdictions de gérer et d'administrer une société englobe parmi ces interdictions également celle d'exercer les fonctions de commissaire aux comptes et sanctionne toute infraction à cette prescription dans son art. 8 par « *un emprisonnement de six mois au moins et de deux ans au plus et une amende de 1.000 francs au moins et de 10.000 francs au plus ou de l'une de ces deux peines seulement* ». Ces sanctions ne sont pas les mêmes que celles qui sont édictées par l'art. 33 de l'autre décret-loi du 8 août 1935 portant réorganisation du statut des commissaires aux comptes, décret qui ne prévoit qu'une amende de 1.000 à 20.000 francs sans aucune peine d'emprisonnement (V. N<sup>o</sup> 332). Or, en matière correctionnelle une sanction comportant également une peine d'emprisonnement est toujours considérée comme plus grave qu'une sanction uniquement pécuniaire, nonobstant l'importance de l'amende possible. Et selon une autre règle du droit pénal, la sanction prononcée est toujours celle de la loi la plus bénigne

en cas de cumul idéal d'infractions. Dans le cas qui nous occupe, seule l'amende de 1.000 à 20.000 francs sera donc applicable, à l'exclusion de toute peine d'emprisonnement.

**372.** — Il est évident que la sanction pénale ne fait pas obstacle à une poursuite en responsabilité civile jointe à l'action pénale ou exercée à titre principal devant la juridiction civile. Mais il nous paraît difficile de concevoir un préjudice quelconque, base d'une telle action, né à propos d'un des délits que nous venons d'examiner. Ceci est d'autant plus vrai que les infractions commises ne sont de nature à vicier une délibération du conseil dans lequel se trouve illégalement un ancien commissaire n'ayant pas respecté le délai d'attente de cinq ans (MM. Houpin et Bosvieux, suppl., p. 174), ou d'entraîner la nullité « *des délibérations prises par l'assemblée des actionnaires sur le rapport d'un commissaire nommé ou demeuré en fonctions contrairement aux dispositions du présent article* », selon les termes mêmes de cet article 33 que nous étudions ici. Par conséquent, aucun préjudice ne peut résulter d'une nullité des délibérations. Le législateur a eu parfaitement raison d'abandonner la traditionnelle sanction consistant dans la nullité des assemblées qui fut avant 1935 la sanction de toute irrégularité en matière de société anonyme, véritable pavé de l'ours avec lequel, pour purger une faute de délibération ou de forme, on tue la société toute entière.

## SECTION 2. — DÉLIT ÉVENTUEL DE NON-DÉSIGNATION D'UN COMMISSAIRE INSCRIT

**373.** — L'article 33 de la loi du 24 juillet 1867 impose aux sociétés anonymes qui font appel à l'épargne publique l'obligation de choisir l'un au moins de leurs commissaires sur la

liste des commissaires agréés par la Cour d'appel du siège social.

374. — Cette prescription est-elle sanctionnée par une disposition pénale ? Il ne peut s'agir, dans l'espèce, que de la sanction ordonnée par l'art 33 lui-même qui édicte des amendes sévères pour « *toute violation des dispositions des alinéas 1, 2, 7 et 8 de l'art. 33* ». Il s'agit donc, en définitive, de savoir si la prescription relative au choix obligatoire d'un commissaire inscrit est contenue ou non dans un des alinéas 1, 2, 7 et 8 de l'art. 3.

La difficulté tient au fait signalé, à savoir que les rédacteurs du décret-loi du 8 août 1935 n'ont point désigné les différents alinéas de l'art. 33 et que la publication au *J. O.* de ce long article 33 avec ses énumérations a abouti à un chaos d'alinéas rendant impossible toute précision sur la base de la présentation typographique.

Les commentateurs des décrets-lois ont donc cherché à déterminer les alinéas visés par une séparation des questions traitées et sont parvenus à rétablir avec quelque certitude l'intention initiale du législateur. Seulement, le débat restait ouvert, notamment au sujet de l'application des sanctions à la disposition légale qui nous occupe dans cette section.

La doctrine a cependant rapidement conclu à la non-application des sanctions. M. Tchernoff (suppl. N° 34) se prononce dans ce sens, ainsi que M. Solus (N° 248) et MM. Constantin et Gautrat (N° 616). Seul M. Dalsace (1) opte pour l'idée contraire. MM. Rousselet et Patin ne traitent même pas la question, se ralliant ainsi tacitement à la non-application de toute sanction pénale. Nous suivons l'avis de ces derniers auteurs, d'autant plus que nous estimons que la question ne peut plus se poser depuis le décret-loi du 30 juillet 1937 dont nous avons déjà parlé plus haut (V. N° 334). En effet, le décret du 30 juil-

---

(1) S. J. 1935.1145.



let 1937 porte la mention : « Tendant à modifier l'alinéa 6 de l'art. 33 de la loi du 24 juillet 1867 ». La place de cet alinéa dans l'ensemble du corps de l'art. 33 ne peut pas faire de doute, étant bien déterminé par son contenu même; or, la prescription relative au choix obligatoire d'un commissaire inscrit sur une liste de Cour d'appel se trouve être celle qui précède dans la rédaction de l'art. 33 immédiatement l'alinéa 6. Ce dernier se trouve, nous l'avons vu, légalement situé dans l'art. 33 depuis le décret du 30 juillet 1937, et logiquement l'alinéa qui contient la prescription en question est donc à considérer comme l'alinéa N° 5 et ne peut être en aucun cas ni l'alinéa 1 ou 2, ni l'alinéa 7 ou 8 du texte de l'article 33, alinéas qui seuls sont sanctionnés pénalement. Ainsi toute discussion à ce sujet est close et l'obligation pour les sociétés anonymes, faisant appel à l'épargne publique, de choisir un commissaire aux comptes sur la liste des commissaires agréés par la Cour d'appel de leur siège social, formant fatalement l'alinéa 5 de l'article 33, est dépourvue de toute sanction pénale. C'est peut-être fort regrettable, mais c'est un fait auquel nos regrets ne changent rien.

### SECTION 3. — DÉLIT D'INFORMATION MENSONGÈRE

**375.** — § 1. — *Est puni d'un emprisonnement de un à cinq ans et d'une amende de 1.000 à 20.000 francs, ou de l'une des deux peines seulement, tout commissaire qui a sciemment donné ou confirmé des informations mensongères sur la situation de la société ».*

**376.** — Ainsi s'exprime le nouvel article 34 de la loi du 24 juillet 1867 depuis sa modification par les décrets-lois du 8 août 1935. Nous nous trouvons donc en face d'un délit qui est apparenté à celui qu'institua le § 2 de l'art. 15, c'est-à-dire

le délit de publication de faits faux à l'occasion des souscriptions et versements (V. N° 278) et à celui que vise le § 5 du même article relatif à la publication d'un bilan inexact. Toutefois, tandis que les délits de l'art. 15 ne peuvent frapper le commissaire aux comptes qu'en qualité de complice, l'infraction de l'art. 34 le suppose auteur principal; alors que le champ d'application des délits de l'art. 15 est circonscrit soit aux opérations de souscriptions, soit à la publication du bilan, le délit de l'art. 34 a un caractère général. Par ailleurs il peut y avoir un intérêt certain pour l'inculpation à poursuivre en partant de l'une ou de l'autre des deux bases, les peines édictées n'étant pas les mêmes.

**377. — § 2. —** Le délit comporte trois éléments constitutifs : 1° une information sur la situation de la société donnée ou confirmée par le commissaire; 2° le caractère mensonger de l'information; 3° la connaissance de ce caractère mensonger par le commissaire aux comptes. Nous examinerons successivement chacun des trois éléments de l'infraction.

**378. — A. —** Quelle est la portée exacte du terme : information sur la situation de la société ? Est-ce toute information quelconque plus ou moins en rapport avec la situation que le commissaire a pu obtenir ou qu'il a imaginée et qu'il a reproduite, comme par exemple celle que des pourparlers sont en cours pour l'achat d'un paquet d'actions d'une autre société ? Certainement non, car un tel renseignement n'a qu'un rapport très lointain avec la « situation » proprement dite de la société et ne concerne au surplus aucunement la mission du commissaire aux comptes.

Faut-il d'ailleurs croire avec la majorité de la doctrine (MM. Constantin et Gautrat N° 653, Rousselet et Patin N° 350) que le délit n'est consommé qu'à l'occasion d'une information qui se rattache à la mission du commissaire, ou faut-il plutôt penser avec M. Masson (N° 266) « que le mensonge des commissaires est aussi coupable s'il concerne des affirmations

qu'on peut considérer comme dépassant le cadre de leurs attributions, que d'autres rentrant à proprement parler dans le **compte rendu de leur mandat** » ? Ensuite est-il vraiment nécessaire qu'il s'agisse de l'indication de faits accomplis et non de simples appréciations ou prévisions, tel que le demandent MM Constantin et Gautrat (N° 653) ? Questions fort délicates pour la solution desquelles il faut avoir recours au texte de la loi en vue d'en dégager l'intention réelle du législateur.

**379.** — De prime abord on est tenté de penser que le commissaire n'a pas le droit de donner impunément une information ou même une appréciation quelconque qu'il sait pertinemment inexactes. En la donnant, il mérite une sanction. Mais est-il sûr que le commissaire a agi dans tous les cas avec une intention malhonnête, dans une pensée criminelle, dans un but intéressé ? N'a-t-il pas plutôt obéi dans quelques cas à une considération pratique, croyant par exemple mieux faire de couvrir par un pieux mensonge la situation convalescente d'une société que de lui donner le coup de grâce par la proclamation brutale de la vérité ? N'a-t-il pas agi, en inventant ou en grossissant une information sur la prospérité de la société, sur ses réserves occultes, etc..., dans un esprit de vantardise plutôt que dans une intention frauduleuse ?

Certes, de telles considérations peuvent être faites par le juge pour le dosage de la peine et l'attribution de circonstances atténuantes ; elles n'ont aucune valeur pour écarter le texte pénal lui-même qui est formel. Mais elles peuvent par contre nous aider à percer l'intention réelle du législateur. Et nous estimons avant tout qu'il faut considérer la place qu'occupe la prescription pénale que nous étudions dans l'ensemble de la loi modifiée de 1867. Il s'agit, en l'occurrence, de l'article 34 qui parle des comptes à rendre par le conseil d'administration et par le commissaire aux comptes à l'assemblée générale lors de la clôture de chaque exercice.

L'obligation des commissaires est ainsi définie par l'art. 34 :

« Ils établissent un rapport dans lequel ils rendent compte à l'assemblée générale de l'exécution du mandat qu'elle leur a confié et doivent signaler les irrégularités et inexactitudes qu'ils auraient relevées. Ils font en outre un rapport spécial sur les opérations prévues à l'art. 40 de la présente loi. » (Marchés que les administrateurs ont conclus avec la société).

Quel est ce mandat dont parle l'art. 34 ? Il est défini par l'art. 32 de la loi dans les termes suivants : « ...mandat de vérifier les livres, la caisse, le portefeuille et les valeurs de la société, de contrôler la régularité et la sincérité des inventaires et des bilans ainsi que l'exactitude des infractions données sur les comptes de la société dans le rapport du conseil d'administration. »

La mission du commissaire est ainsi nettement circonscrite, elle est toujours en rapports avec les comptes, le bilan, et la loi précise nettement qu'il doit uniquement s'occuper des informations données sur « les comptes de la société » dans le rapport du conseil d'administration. Le commissaire est un contrôleur des comptes, non un appréciateur de la gestion. Si la gestion est mauvaise et les comptes sont bons, il n'a rien à dire. C'est une erreur profonde qui peut mener aux pires mésaventures de vouloir le faire sortir de sa mission que la loi lui assigne en termes limitatifs ; on l'a, hélas, trop souvent perdu de vue.

Le commissaire a une mission, il doit la remplir entièrement, mais il ne doit pas en sortir. C'est l'exécution de cette mission que la loi a protégée en lui donnant des droits, c'est elle que la loi vise en établissant des sanctions pour sa mauvaise exécution. Si le commissaire sort du cadre que la loi lui a assigné, il n'agit plus légalement en qualité de commissaire pour tout ce qui dépasse sa mission, il commet un véritable abus de fonction et il en devient responsable civilement et éventuellement pénalement dans les termes du droit commun. Mais pour cette partie de son activité, les délits spéciaux édictés à l'intention des commissaires ne lui sont plus applicables.



**380.** — Ce grand principe nous permet de résoudre toutes les questions épineuses qui s'étaient posées. Les informations incriminées doivent porter sur la situation de la société telle qu'elle se reflète ou telle qu'elle devrait se refléter dans les comptes. Nous ne sommes donc point d'accord sur ce point avec M. Masson (N° 266) qui considère comme punissable toute affirmation mensongère du commissaire, même si elle sort du cadre de sa mission, du moment qu'elle porte sur la situation de la société. Nous pensons que les actionnaires et autres intéressés doivent connaître le mandat du commissaire, précisé par la loi en toutes lettres; ils doivent savoir faire une distinction entre les affirmations qui y ont trait et les informations éventuellement données qui dépassent le cadre de sa mission.

**381.** — Que penser d'un autre avis de M. Masson (N° 266) qui estime qu'un commissaire n'encourt pas les sanctions pénales de l'art. 34 s'il affirme faussement à l'assemblée que ses contrôles en cours d'année ne lui ont rien révélé d'anormal, bien qu'il ait constaté un prélèvement irrégulier du directeur dans la caisse en cours d'exercice, prélèvement remboursé sur l'intervention du commissaire avant la clôture des écritures, de telle sorte que la présentation de la situation qui se reflète dans les postes du bilan, y compris le poste Caisse, soit exacte ?

L'avis opposé est exprimé par MM. Rousselet et Patin (N° 350) et par M. Lepargneur (G. Prud. 15 nov. 1936). MM. Rousselet et Patin (N° 350) estiment même que les sanctions de l'art. 34 sont encourues par le commissaire qui ne relève pas à l'assemblée « un détournement commis par un employé ». Nous estimons que ces auteurs vont trop loin dans cette opinion, car on ne peut quand même pas occuper l'assemblée générale d'un détournement de quelques centaines de francs, par exemple commis par un apprenti de bureau dans la caisse des timbres.

Par contre M. Tchernoff (suppl. N° 38) nous semble incliner trop vers l'avis opposé : « Autre chose, dit-il, est une irrégularité de gestion, autre chose est une infraction à la loi pénale.

Les commissaires vérificateurs n'ont pas l'obligation de dénoncer en assemblée générale les agissements délictueux susceptibles de faire encourir aux administrateurs des sanctions pénales... Aux actionnaires, les commissaires n'ont qu'à faire connaître les résultats des actes de gestion en les appréciant tant au point de vue comptable qu'au point de vue moral, mais non en se plaçant au point de vue du Code pénal. » M. Tchernoff n'est-il pas un peu en contradiction avec lui-même s'il reconnaît au commissaire le droit d'apprécier la gestion également au point de vue « moral » et d'en référer à l'assemblée générale ? Il nous semble que le détournement d'un administrateur, même réparé par restitution, est un fait tombant en toute première ligne sous cette appréciation morale.

Ce que le commissaire ne doit pas faire, c'est donner une qualification juridique aux irrégularités constatées en s'éri-geant, selon l'heureuse expression de M. Tchernoff (suppl. N° 38) en jurisconsulte qui précise la légalité des actes en les éclairant à la lumière de la loi du 24 juillet 1867. Qu'il se méfie donc de parler d'escroquerie et d'abus de confiance, car la qualification juridique d'un délit présumé n'appartient qu'au parquet et aux juges.

Ce qu'il doit faire, par contre, et le texte de la loi est absolument formel, c'est signaler à l'assemblée « *les irrégularités et inexactitudes qu'ils auraient relevées... dans l'exécution du mandat qu'elle leur a confié* » c'est-à-dire « *en vérifiant les livres et valeurs de la société et en contrôlant la régularité et la sincérité des inventaires et des bilans ainsi que l'exactitude des informations données sur les comptes de la société dans le rapport du conseil d'administration.* » Nous estimons qu'il est autrement important pour une assemblée des actionnaires d'apprendre qu'ils ont donné leur confiance à un mandataire infidèle, même s'il a réparé et promis de ne plus recommencer, que de savoir qu'une erreur inintentionnelle de 1.000 frs s'est glissée dans le calcul de l'inventaire. Et en révélant à l'assemblée l'infidélité commise, quoique réparée, d'un administrateur,

le commissaire aux comptes se conforme à la prescription légale de l'art. 34 de la loi de 1867 qui lui impose la dénonciation des irrégularités et inexactitudes qu'il aurait relevées et dont l'inobservation engage à coup sûr sa responsabilité civile.

**382.** — Est-ce à dire que le commissaire, en gardant le silence, encourt également les sanctions pénales de l'art. 34 ? Certes, il engage sa responsabilité civile, car il contrevient à une obligation légale que ce même art. 34 lui impose (signaler les irrégularités et inexactitudes relevées). Mais on ne saurait assimiler ce fait à une « information mensongère donnée sur la situation de la société », expression par laquelle nous comprenons au surplus exclusivement la situation des comptes de la société. La responsabilité pénale est donc à écarter (Conf. MM. Constantin et Gautrat N° 653; Tchernoff suppl. N° 38; Dolbeau et Cantenot N° 272; contra MM. Rousselet et Patin N° 350). MM. Constantin et Gautrat font d'ailleurs remarquer que la disposition pénale de l'art. 34 semble exiger un fait positif, celui de donner ou de confier une information et qu'une simple réticence n'est pas suffisante.

Nous nous rangeons d'autant plus facilement à cette façon de voir que nous estimons même que la sanction pénale n'est pas applicable si le commissaire affirme dans son rapport n'avoir rien constaté d'irrégulier. Sans discussion possible, le commissaire a menti et cette faute engendre sa responsabilité civile, mais il n'a pas donné « une information mensongère sur la situation de la société ».

**383.** — La question se pose évidemment d'une façon différente si l'irrégularité ou l'inexactitude porte réellement sur la situation des comptes de la société. Le commissaire encourt les sanctions pénales s'il confirme par exemple sciemment une information mensongère donnée sur la situation des comptes de la société par le conseil d'administration. Mais que décider s'il ne joue aucun rôle actif et qu'il laisse se produire sans les

contredire ou les rectifier de telles informations ? Bien que le texte semble viser essentiellement un fait positif, nous estimons que le commissaire tombe parfaitement sous la rigueur de la loi. Il a la mission formelle de contrôler « les informations données sur les comptes de la société dans le rapport du conseil d'administration » et de « signaler les irrégularités et les inexactitudes », et l'inexécution intentionnelle de cette mission de « signaler » est punie des sanctions édictées par l'art. 34 si le fait à signaler est du domaine de la situation des comptes de la société. Nous considérons donc que le silence du commissaire dans le cas signalé est parfaitement sanctionné par la loi.

**384.** — Il faut également mentionner dans le même ordre d'idées que les irrégularités constatées doivent être signalées avec une netteté suffisante pour que l'attention des actionnaires soit attirée et qu'ils en comprennent toute la gravité. Une critique trop discrète, ménageant trop « la clientèle » des conseils d'administrations, ne dégagerait pas la responsabilité du commissaire (Conf. M. Lagarde N° 80).

**385.** — Peu importe d'ailleurs que l'information mensongère soit donnée en dehors de l'assemblée générale annuelle, par exemple dans une assemblée générale extraordinaire ou même en dehors des assemblées, pourvu qu'elle se rattache à l'exercice de la mission du commissaire (MM. Tchernoff suppl. N° 39; Lagarde N° 79; Gabolde N° 4; Constantin et Gautrat N° 653). Il est vrai qu'en dehors des assemblées d'actionnaires les commissaires n'ont aucune communication à faire. Ils sont les mandataires de la collectivité et non d'un actionnaire isolé, à plus forte raison des tiers, et à toute question posée ils doivent se retrancher derrière le secret professionnel. Nous estimons qu'ils n'ont pas à répondre à des questions indiscretes provenant d'un actionnaire ou d'un petit groupe d'actionnaires présent à l'assemblée sans y être invité formellement par un vote de la majorité de l'assemblée. Le commissaire n'est pas nommé pour



satisfaire la curiosité ou pour servir un petit groupe d'actionnaires : il est nommé soit comme mandataire de la majorité (théorie contractuelle) soit dans l'intérêt de toute la société anonyme (théorie institutionnelle) et de son fonctionnement régulier dans le cadre de l'économie nationale.

**386.** — *B.* — Pour que l'information soit répréhensible il faut bien entendu qu'elle soit mensongère. Quel est le degré du mensonge exigé ? Il est difficile sinon impossible d'établir des règles de droit pour une question qui ressortit davantage de la psychologie que du droit pur. Selon MM. Houpin et Bosvieux (suppl. p. 192) il faut admettre que des affirmations téméraires présentant l'entreprise sous un jour favorable et faisant miroiter des perspectives d'avenir ne tomberaient pas sous le coup du nouvel art. 34 de la loi de 1867, dès lors qu'elles n'excèdent pas la limite admise par l'usage. (Conf. Gabolde N° 4).

**387.** — *M.* Lisbonne (N° 259) fait remarquer que le texte de l'art. 34 inflige des peines aussi bien à ceux des commissaires qui donnent des renseignements trop favorables qu'à ceux qui, se faisant parfois le porte-parole d'entreprises concurrentes, causent aux actionnaires des inquiétudes injustifiées.

**388.** — MM. Constantin et Gautrat (N° 655) précisent qu'il appartient à la prévention de rapporter la preuve de l'inexactitude des indications fournies ou confirmées et qu'il n'y aura information mensongère que dans l'affirmation des faits avérés inexacts. Ces auteurs ne croient pas qu'une simple erreur d'interprétation ou l'impropriété des termes employés puissent être considérées comme constituant des informations mensongères.

Nous partageons tous ces avis en soulignant toutefois que la preuve de l'inexactitude sera généralement plus facile à faire qu'on ne le croit, puisque, selon notre avis exposé plus haut, le délit est complètement cantonné sur le terrain de la situation de la société résultant des comptes et du rapport des adminis-

trateurs. Or, les preuves d'inexactitudes en matière comptable résultent généralement des écritures mêmes, c'est-à-dire d'une matérialité de fait facile à vérifier.

**389.** — C. — Il nous reste à examiner la portée de l'expression « sciemment » employée par la loi. Bien qu'en lui-même le mot « sciemment » ne dit pas forcément « de mauvaise foi », il est certain que dans le cas qui nous occupe on ne peut guère donner ou confirmer une information mensongère sans être de mauvaise foi.

Cependant il n'est pas nécessaire, pour que les sanctions pénales de l'art. 34 puissent trouver application, que l'information mensongère soit donnée ou confirmée avec intention expresse de nuire soit à la société, soit aux tiers.

**390.** — Il ne suffit d'ailleurs pas que l'accusation allègue que le commissaire aurait dû ou aurait pu connaître l'inexactitude de l'information incriminée, car il est nécessaire en matière pénale que la prévention administre la preuve que l'inculpé a effectivement agi en pleine connaissance de cause (MM. Constantin et Gautrat N<sup>o</sup> 656). N'oublions cependant pas que la preuve de la connaissance des inexactitudes par le commissaire pourra être administrée par présomption, et les tribunaux ont un large pouvoir d'appréciation.

**391.** — Quoi qu'il en soit, il est certain que la loi pénale ne sanctionne pas, si elle ne le formule pas expressément, la négligence, l'incompétence ou la carence, mais seulement des faits positifs d'agissements frauduleux. La proposition de loi Lesaché, adoptée par le Sénat en 1934, était beaucoup plus sévère à cet égard que les décrets-lois de 1935 : elle prévoyait une amende de 500 à 10.000 francs pour les commissaires qui « sciemment ou par négligence grave, avaient dans leurs rapports ou dans leurs explications à l'assemblée générale omis de renseigner ou inexactement renseigné les actionnaires sur la véritable situa-

tion de la société. » Nous ne croyons pas, comme le fait M. Lisbonne (N° 260), qu'il n'y aurait aucun inconvénient à frapper ainsi également ceux qui auront agi ou pas agi par négligence grave, car si grave que soit une négligence, elle n'atteint pas le caractère répréhensible d'une intention nettement malhonnête et frauduleuse; elle doit rester dans le domaine de la responsabilité civile aussi longtemps que la loi ne sanctionne pas d'une façon générale un « délit d'imprudence et de négligence ».

**392. — § 3. —** A partir de quel moment le délit est-il consommé ? L'art. 35 de la loi de 1867 oblige le commissaire à déposer son rapport de sorte qu'il soit mis à la disposition des actionnaires pendant une période de quinze jours précédant l'assemblée générale. M. Gabolde (N° 5) estime avec M. Tchernoff (suppl. N° 42), que le délit n'est pas consommé tant que le rapport contenant l'information mensongère n'a pas été communiqué à un actionnaire, car l'information n'est pas encore un fait accompli et la tentative elle-même n'est pas punissable. MM. Constantin et Gautrat (N° 659) se rangent au même avis, puisque le commissaire pourra remplacer le rapport par un autre en empêchant ainsi la consommation du délit.

Nous estimons par contre que le rapport déposé quinze jours avant l'assemblée générale conformément à la loi n'appartient plus au commissaire qui s'en est dessaisi, pas plus qu'une somme d'argent déposée au nom d'un tiers aux guichets d'une banque n'appartient encore au déposant après qu'il en a opéré le versement. Le rapport appartient aux actionnaires et leur attitude, leur plus ou moins grande diligence pour en prendre connaissance ne peut pas retarder l'accomplissement du délit qui est consommé par le fait du désaisissement du commissaire. Si ce dernier arrive à substituer au premier rapport un second avant qu'un actionnaire en a pris connaissance (ce qui est fort improbable puisque les administrateurs entre les mains desquels s'effectue le dépôt sont forcément en même temps actionnaires), cette substitution va pratiquement empêcher le

dépôt de toute plainte au sujet de l'information mensongère. Mais le délit est néanmoins consommé à partir du moment du dépôt du rapport, ce qui a une importance pour la fixation du départ de la prescription.

393. — Mentionnons également que les circonstances atténuantes sont applicables au délit d'information mensongère et qu'en cas de pluralité de commissaires et de rédaction d'un rapport commun il y a lieu de démontrer la mauvaise foi éventuelle de chacun (MM. Constantin et Gautrat N° 657).

394. — Dans certains cas les administrateurs eux-mêmes pourront être complices du commissaire s'ils ont provoqué l'information mensongère ou l'abstention coupable (M. Solus N° 274).

#### SECTION 4. — DÉLIT DE NON-RÉVÉLATION AU PARQUET

395. — § 1. — L'art. 34 de la loi du 24 juillet 1867 modifié par décret-loi du 8 août 1935 établit une infraction pénale singulière : « *Est puni d'un emprisonnement de un à cinq ans et d'une amende de 1.000 à 20.000 francs, ou de l'une de ces deux peines seulement, tout commissaire qui n'a pas révélé au Procureur de la République les faits délictueux dont il a eu connaissance.* »

396. — Bien avant les décrets de 1935, notre législation connaissait une obligation de dénonciation, puisque l'art. 30 du C. inst. crim. est ainsi conçu : « *Toute personne qui aurait été témoin d'un attentat, soit contre la sûreté publique, soit contre la vie ou la propriété d'un individu, sera formellement tenue d'en donner avis au Procureur...* » Mais cette prescription est



toujours restée lettre morte, car la loi n'a émis aucune sanction pour la non-observation et il répugne généralement au tempérament français de se porter dénonciateur. Les pièces les plus applaudies du Guignol de Lyon ne furent-elles pas celles où Guignol rossait copieusement le gendarme ?

M. Lisbonne (N° 262) a fait un rapprochement intéressant entre cet art. 30 du C. inst. crim. et le nouveau délit créé en 1935. Il conclut que ce dernier peut être considéré comme une application particulière de l'art. 30, mais qui est sanctionnée par de fortes peines et qui constitue ainsi une aggravation considérable de la responsabilité des commissaires.

**397.** — L'accueil qui fut réservé à ce texte par les auteurs et commentateurs des décrets de 1935 est presque toujours défavorable. MM. Houpin et Bosvieux (suppl. p. 193) pensent que la nouvelle loi tend à faire jouer aux commissaires le rôle particulièrement ingrat et souvent bien difficile de dénonciateurs ou auxiliaires du parquet et M. Delattre (N° 180) estime qu'ils deviennent légalement collaborateurs de la police et délateurs. M. Masson (N° 267) parle d'une innovation très grave et très discutable; M. Tchernoff (suppl. N° 40) semble regretter que le texte des décrets-lois de 1935 met à la charge du commissaire non seulement des obligations positives pour des faits qu'il aura perpétrés, mais une responsabilité pénale très lourde pour un fait négatif, une réticence. M. Lisbonne (N° 263) fait observer que l'obligation de dénoncer peut aller à l'encontre même de la société et manquera ainsi absolument son but.

**398.** — Quel est donc en définitive le but recherché par le législateur de 1935 ? Il faut se rappeler que les décrets-lois du 8 août 1935 avaient été pris en vue de la protection de l'épargne publique. Les mesures pénales prises sanctionnent les délits des administrateurs et des commissaires, organes investis de la confiance des épargnants; par l'annonce même de la sanction elles sont de nature à faire hésiter les personnes malhonnêtes

qui avaient repéré l'extraordinaire facilité d'exploiter frauduleusement le système des sociétés anonymes créé par la loi de 1867. Mais elles ne peuvent pas empêcher radicalement toutes les fraudes et il existera toujours des administrateurs malhonnêtes.

**399.** — Or, le commissaire a précisément pour mission de contrôler la gestion des administrateurs au moyen des comptes de la société. Pour lui, la comptabilité est comme une maison de verre qui limite le patrimoine social et à travers laquelle il peut observer les faits et gestes des administrateurs. S'il constate maintenant au début ou au milieu de l'exercice des irrégularités graves, il doit intervenir pour les faire cesser immédiatement.

De quelle façon peut-il intervenir efficacement vis-à-vis des administrateurs malhonnêtes ? En les rendant attentifs à des faits signalés qu'il dénoncera conformément à son mandat à la prochaine assemblée générale ? Soit ! Mais cette assemblée aura lieu dans quelques mois seulement et les administrateurs auront du temps pour continuer leur manipulation impunément. Interviendra-t-il efficacement en usant de son droit de convoquer en cas d'urgence l'assemblée générale, que lui donne l'art. 32 de la loi de 1867 ? C'est un moyen fort dangereux et qui n'aboutit pas à coup sûr (V. N° 626). Aussi ne faut-il pas oublier que l'assemblée ne saura se réunir avant l'expiration du délai qui est prévu par les statuts entre la convocation et le jour de réunion et qu'une telle convocation occasionnera des frais dont le commissaire aura à faire l'avance. Dans ces conditions, l'appel à l'assemblée générale ne saurait être considéré ni comme moyen rapide, ni comme moyen efficace pour remédier à la situation signalée. Il fallait donc munir le commissaire d'un autre moyen opérant promptement et sans frais à déboursier, et le recours au parquet semble tout indiqué.

A notre avis, l'obligation de dénoncer au parquet les irrégularités relevées est en premier lieu une mesure indispensable pour permettre au commissaire d'intervenir promptement et avec efficacité.

**400.** — On pourra tout au plus soutenir qu'il aurait mieux valu dans ce cas laisser au commissaire la faculté de dénoncer au parquet au lieu de lui imposer une obligation impérative. Nous ne partageons point cet avis, car se rend-on compte à quelle terrible situation on aurait acculé le commissaire en le laissant en prise avec des considérations d'opportunité de dénonciation, de gravité des faits, de promesses de ne plus recommencer et même de promesses tout court de la part des administrateurs fautifs ? En lui imposant l'obligation de dénoncer les irrégularités relevées, la loi coupe court à toutes ces considérations et permet au commissaire de s'en décharger entre les mains du Procureur de la République, mieux qualifié et mieux armé que lui pour leur donner la suite qu'elles doivent comporter dans l'intérêt de la société, des actionnaires et des tiers.

**401.** — En parlant des intérêts des tiers nous touchons à un second aspect de la question, non moins important que le premier. A notre avis et conformément à la théorie institutionnelle de la société anonyme (V. N<sup>o</sup> 27), le commissaire n'opère pas seulement comme mandataire des actionnaires dans l'intérêt exclusif de ces derniers et de la société qu'ils ont formée, il est chargé d'une fonction publique de surveillance et de contrôle dont l'exécution intéresse au plus haut point également les tiers créanciers de la société et l'épargne publique dans son ensemble.

Il se peut que l'intérêt des actionnaires commande plutôt de ne point ébruiter une malversation des administrateurs afin de ne pas gêner le fonctionnement de la société, tandis que l'intérêt public exige que les coupables ne puissent pas en sortir impunément, quitte à pouvoir recommencer dans une autre société en l'absence de toute interdiction ou déchéance qui résulterait d'une condamnation en vertu du premier des décrets-lois du 8 août 1935 (V. N<sup>o</sup> 349). Pourquoi le commissaire, s'il considère uniquement son mandat vis-à-vis des actionnaires, ne devrait-il

pas se contenter de voir régler la question de l'infidélité de l'administrateur dans le sein même de la société, au lieu d'en faire l'objet d'une poursuite publique éventuelle ?

Mais en le faisant il sacrifiera le mandat public au mandat spécial. Or, l'intérêt de la collectivité prime celui des particuliers; dans un conflit entre un mandat public et un mandat spécial, le premier doit l'emporter sur le second. Nous approuvons donc parfaitement le législateur de 1935 d'avoir concrétisé ce postulat de la théorie de l'institution fonctionnelle de la société anonyme en imposant au commissaire l'obligation de se référer pour décision au gardien des intérêts publics, c'est-à-dire au Procureur de la République.

**402.** — Par ailleurs n'est-il pas absolument normal que le mandat public confié au commissaire par la loi dans l'intérêt de la communauté nationale aboutisse à un compte rendu ? Il aurait été fort regrettable que la loi, en prescrivant au commissaire à rendre compte à son mandataire particulier, c'est-à-dire aux actionnaires (art. 34 V. N<sup>o</sup> 49) ne l'ait pas obligé à rendre également compte à la collectivité par une dénonciation expresse, en le dispensant toutefois du rapport s'il n'a rien d'anormal à signaler. Le législateur a ainsi rendu grand service au commissaire en lui imposant une obligation absolue qui lui enlève des scrupules et des hésitations fort inquiétantes et souvent lourdes de conséquences.

**403.** — Tout ceci ne veut pas dire que nous approuvons la mesure prise dans toute son ampleur. Il nous semble, et nous le verrons par la suite, que le texte adopté laisse trop de questions dans l'obscurité et prête à forte discussion juridique. Nous estimons également que les peines édictées sont vraiment exorbitantes bien que les juges, en accordant des circonstances atténuantes, jouissent en pratique d'un large moyen de modération.

**404.** — Enfin nous pensons que le législateur aurait bien fait



de préciser que l'obligation de dénonciation imposée au commissaire le délie du secret professionnel de l'art. 378 du Code pénal dont nous parlerons plus loin (V. N° 420). Certes, il ne peut y avoir aucun doute à ce sujet, car cet article ne concerne pas les personnes qui sont légalement obligées « à se porter dénonciateurs » (V. N° 420) (1). Mais, comme le fait si justement remarquer M. Lisbonne (N° 264) l'art. 420 du projet de réforme Matter du Code pénal ne comporte pas cette disposition de l'art. 378 actuel et cette omission risque, si le texte en est jamais adopté, d'avoir de graves conséquences. Il aurait donc mieux valu consacrer ce principe dans le texte même de l'art. 34, afin de le mettre à l'abri contre toute velléité du texte de l'art. 378 du Code pénal.

**405.** — § 2. — A) Cela dit, examinons les éléments du nouveau délit. Il suppose en premier lieu l'existence d'un fait délictueux. Le commissaire devrait donc, semble-t-il, décider si un fait qui lui paraît suspect est un fait délictueux ou non. Il faudrait qu'il s'érige ainsi en véritable jurisconsulte jouissant d'une intuition supérieure qui lui permette de discerner le fait délictueux d'un fait seulement blâmable, chose qui met souvent même les plus éminents de nos magistrats dans un cruel embarras.

Telle ne peut pas être l'intention de la loi, bien qu'elle semble vouloir exiger des commissaires (au moins de ceux inscrits sur la liste d'une Cour d'appel) des connaissances très étendues en matière de droit pénal des sociétés, à en juger par la longue énumération dans le programme de l'examen technique d'aptitude aux fonctions de commissaires aux comptes (V. arrêté du 16 sept. 1936).

Tout au contraire, en employant une formule large sans distinction de la gravité des faits relevés, la loi semble plutôt permettre au commissaire de se décharger de ce problème délicat de discrimination et également de celui de l'opportunité des poursuites entre les mains du Procureur.

---

(1) Rep. Min. J. O. 17 jan. 1936.

Malheureusement, un tel système, pour ne point devenir arbitraire, contrairement à sa conception fondamentale même, ne permet pas de tracer une ligne légale de démarcation entre les infractions minimales et celles de moyenne ou de grande importance, pour les traiter différemment. Il sera donc difficile de contredire avec argument à l'appui MM. Rousselet et Patin (N<sup>o</sup> 354) qui considèrent communicable « la simple omission, prévue par l'art. 64 de la loi du 24 juillet 1867, de la mention Société Anonyme » sur un imprimé, en se ralliant ainsi à l'exemple cité dans le même ordre d'idées par M. Lepargneur (G. Prud. 15 janv. 1936). C'est au Parquet et uniquement à lui qu'il appartiendra d'apprécier la gravité des faits signalés et l'opportunité de poursuivre, et il faut souhaiter qu'il saura aussi peser avant d'agir les conséquences que des poursuites pourraient avoir au point de vue des intérêts sociaux.

**406.** — Faut-il considérer comme dénonçables, avec MM. Dolbeau et Cantenot (N<sup>o</sup> 272), toutes les infractions quelles qu'elles soient, spéciales au droit des sociétés ou non, telles que : escroquerie, abus de confiance, vol, faux, etc. ? Certainement, puisque l'art. 34 n'établit aucune distinction entre les crimes et délits du droit commun et ceux qu'édicte spécialement la loi de 1867 (Conf. MM. Rousselet et Patin N<sup>o</sup> 354). Nous croyons en effet que le mandat légal confié aux commissaires aux comptes est plus large que celui qui leur est confié par les actionnaires dont la mission est circonscrite par l'art. 32 de la loi de 1867 comme nous l'avons vu (V. N<sup>o</sup> 63). Par conséquent les faits délictueux sont communicables même s'ils n'ont aucun rapport direct avec les comptes de la société, tels que les délits prévus par les paragraphes 1, 2 et 3 de l'art. 15 de la loi de 1867.

**407.** — Mais nous pensons, et nous nous séparons ainsi nettement de MM. Rousselet et Patin (N<sup>o</sup> 354) pour nous rapprocher de MM. Constantin et Gautrat (N<sup>o</sup> 662), qu'il est nécessaire que les faits délictueux se rapportent à la constitution ou au

fonctionnement de la société et qu'un crime ou délit d'ordre privé commis par un administrateur reste en dehors de la sphère des faits dénonçables (Conf. MM. Masson N° 267 ; Lagarde N° 78).

En effet, l'obligation de dénoncer incombe au commissaire surtout en sa qualité de mandataire légal (V. N° 401) qui doit rendre compte à l'autorité publique de l'exécution de la mission de surveillance du fonctionnement normal de la société anonyme; mais il ne doit pas rendre compte de la vie privée et des faits des administrateurs qui n'ont pas un rapport direct avec la société contrôlée. Si donc le commissaire constate l'indélicatesse d'un administrateur qui accepte des rémunérations occultes d'un fournisseur, il doit le dénoncer au Procureur, bien que le délit de corruption des employés des entreprises privées ne soit pas réprimé par la loi sur les sociétés, mais par l'art. 177 du Code pénal (à moins que, contrairement à l'avis majoritaire de la doctrine, les alinéas 6 et 7 de l'art. 15 trouvent application). Par contre le commissaire qui surprend l'administrateur exerçant des voies de faits sur une employée de la société n'a aucune qualité pour dénoncer un délit qui ne se rattache pas au fonctionnement de la société pris dans le sens du mot.

**408.** — Que décider pour un délit d'ordre fiscal ? La question est des plus délicate. On peut dire d'une part que le Procureur de la République, représentant de l'ordre judiciaire, n'a aucune compétence en matière de recherche des délits fiscaux cette dernière étant du ressort de l'administration et des tribunaux administratifs, au moins en ce qui concerne les impôts directs. Il faut en conclure que le Procureur ne saura que faire de la dénonciation obligatoire, ne pouvant pas prescrire l'ouverture d'une information pour une infraction d'ordre fiscal.

Mais on peut objecter d'autre part que les infractions relevées par l'administration fiscale aboutissent bien à une poursuite devant le tribunal correctionnel où le Parquet est régulièrement

représenté. Ce dernier est donc bien compétent, sinon pour l'instruction, du moins pour la poursuite de l'infraction.

Du reste la nouvelle disposition de l'art. 34 est conçue d'une façon très large : doivent être révélés par le commissaire au Procureur de la République « les faits délictueux dont il a eu connaissance ». La loi ne fait donc aucune distinction entre la nature différente des faits et il suffit qu'un d'eux soit délictueux pour qu'il tombe sous l'obligation de la révélation. Tout revient donc à savoir à quel moment une infraction fiscale est à considérer comme délictuelle et le critérium de cette distinction est fourni, à notre avis, par la nature et l'importance de la sanction y attachée.

**409.** — Peu importe d'ailleurs si le fait délictueux a été commis pendant ou avant l'exercice social dont le contrôle est confié au commissaire; si les censeurs découvrent une irrégularité ancienne, ils sont soumis à la même obligation que si la faute avait été commise pendant l'année en cours. (M. Lagarde N<sup>o</sup> 75).

**410.** — Peu importe également, qu'il s'agisse d'un délit accompli ou d'une simple tentative, pourvu que la loi pénale déclare cette tentative punissable.

**411.** — Il est également indifférent, d'après nous, que le délit soit prescrit ou non (contra M. Masson N<sup>o</sup> 267), car le commissaire n'a nullement pour rôle d'apprécier les faits juridiquement et leurs conséquences en droit, ce qui pourrait entraîner de graves responsabilités pour lui. Il doit dénoncer en quelque sorte la matérialité des faits qui lui semblent délictueux. Nous sommes d'autant plus enclins à considérer les délits prescrits comme dénonçables que l'autorité publique représentée par le Parquet a un intérêt indéniable à les connaître, non point pour engager une poursuite pénale devenue impossible, mais pour « ouvrir l'œil » sur le délinquant qui l'a échappé belle en profitant de la prescription.



**412.** — Plus délicate à résoudre est la question de savoir si la personnalité de l'auteur du délit ne joue pas un rôle dans l'obligation de dénoncer imposée au commissaire. M. Masson (N<sup>o</sup> 267) estime que peu importe la personne de l'auteur du délit, et il a évidemment pour lui le texte légal qui ne fait aucune distinction. Il est néanmoins permis de se demander si la prescription légale ne concerne pas uniquement les administrateurs et éventuellement les autres personnes dirigeantes de la société. Nous avons peine à admettre que le commissaire soit tenu de signaler au parquet un petit détournement commis par un employé subalterne, bien que le conseil d'administration ait décidé de « passer outre ». Cependant, cet employé, si subalterne qu'il soit, a vocation, comme toute autre personne, à devenir administrateur d'une société anonyme et l'épargne publique a intérêt à se protéger contre tous les gens malhonnêtes, peu importe à quelle classe sociale ils appartiennent. C'est pour cette raison que nous partageons finalement l'avis de M. Masson et que nous estimons également que l'obligation de dénonciation est indépendante de la qualité et de la fonction du délinquant.

**413.** — *B)* Le deuxième élément du délit est la connaissance du fait par le commissaire. Elle doit être effective et certaine et il ne suffira pas de démontrer que le commissaire aurait dû ou aurait pu en avoir connaissance s'il avait vérifié sérieusement. Autre chose est avoir manqué au devoir de contrôler ou avoir tait des faits délictueux dont on a eu connaissance.

**414.** — Mais est-il bien nécessaire que le commissaire ait eu connaissance du caractère délictueux du fait pour que son silence tombe sous l'application des sanctions pénales ? En autres termes, le commissaire qui ne signale pas un fait délictueux croyant que ce fait ne peut pas être qualifié comme tel est-il punissable en vertu de la prescription de l'art. 34 que

nous étudions ? Nous ne le croyons pas, car les fortes peines édictées classent le délit de l'art. 34 dans la catégorie des infractions intentionnelles qui supposent la pleine connaissance du délit par son auteur. Le commissaire aurait été téméraire, certes, de se faire juge d'une matière si délicate ; il aurait été négligent de ne pas approfondir la question. Mais est-il sûr qu'une étude spéciale lui aurait toujours permis de statuer, puisque sur la majorité des questions soulevées par le droit pénal des sociétés les auteurs et commentateurs ne sont pas d'accord ?

Dans ces conditions, quel reproche fondé justifiant les lourdes peines de l'art. 34 voudrait-on lui faire si ce n'est celui d'avoir été imprudent en gardant le silence au lieu de passer purement et simplement au Procureur de la République la boîte à Pandore que représente pour lui la législation sur les sociétés avant de l'ouvrir pour y regarder de près ? Or, le délit d'imprudence n'est pas encore sanctionné pénalement en matière de société.

Il faut donc, à notre avis, que la prévention démontre que le commissaire aux comptes ne pouvait pas ignorer le caractère délictueux des faits, preuve qui sera généralement facile à faire, résultant du caractère même de l'action reprochable. Comment un commissaire voudrait-il prétendre qu'il doutait du caractère pénal d'un détournement ou d'une déclaration notariée affirmant sincère une souscription fictive ? (Conf. MM. Constantin et Gautrat, N° 663 ; contra MM. Rousselet et Patin, N° 354).

**415.** — Par ailleurs, il n'est pas nécessaire que le commissaire ait eu l'intention de nuire ou de couvrir par son silence les faits délictueux, comme il est également impossible d'admettre la « pureté » des intentions du commissaire voulant éviter que la divulgation des faits délictueux ne porte préjudice au crédit de la société. Le Parquet n'est pas un organe de publicité ou un journal source de divulgation, et quand il se

croit obligé d'intervenir dans cette matière c'est presque toujours à bon escient. Le commissaire n'a pas le droit de subordonner l'exercice de son mandat public à celui du mandat privé, nous l'avons déjà dit et nous le répétons.

**416.** — C) Un troisième et dernier élément, celui-ci tout négatif, est nécessaire pour la consommation du délit. Il faut que le commissaire se soit abstenu de dénoncer les faits délictueux au Procureur de la République.

Le texte de l'art. 34 ne précise pas dans quel délai la dénonciation doit être faite. Dès lors on est en droit d'exiger du commissaire la diligence ordinaire que comporte la dénonciation d'un délit au Procureur. Cette dénonciation étant obligatoire, aucune considération ne peut être faite d'autres motifs de retard que ceux émanant d'un cas de force majeure ou d'un motif dispensatoire : maladie grave du commissaire, dénonciation faite par un autre commissaire en cas de pluralité de mandataires, soit séparément, soit au nom de tous, déclenchement intervenu de poursuites se basant précisément sur le fait à signaler. Nous considérons donc tout retard, même léger, apporté à la dénonciation obligatoire comme constituant le troisième élément négatif exigé par la loi. Si le commissaire doit ramasser des preuves qui ne sont pas encore sous sa main, qu'il fasse une dénonciation provisoire qui le mettra à l'abri tout en se tenant en rapport avec le Parquet au sujet des preuves à réunir.

**417.** — § 3. — Le délit n'est nullement collectif et la prévention devrait apporter la preuve de la connaissance, par chaque commissaire, des faits délictueux.

**418.** — Les administrateurs ou autres personnes ayant obtenu le silence du commissaire par des promesses peuvent être considérés comme complices (M. Lagarde, N<sup>o</sup> 78).

**419.** — La prescription est triennale; elle commence à courir à partir du jour où le commissaire a effectivement eu connaissance des faits délictueux qu'il aurait dû révéler au Procureur.

Par une anomalie singulière, la prescription du délit peut ne pas se trouver acquise au moment où les faits délictueux qu'il s'agissait de dénoncer se trouvent déjà prescrits et le commissaire est menacé d'une poursuite, tandis que l'auteur du délit relevé est à l'abri de toute inquiétude. (Conf. MM. Houpin et Bosvieux, Constantin et Gautrat, N<sup>o</sup> 667).

#### SECTION 5. — DÉLIT DE VIOLATION DU SECRET PROFESSIONNEL

**420.** — § 1. — La dernière prescription de l'art. 34 de la loi du 24 juillet 1867 est ainsi formulée depuis les décrets-lois d'août 1935 : « *L'article 378 du code pénal est applicable aux commissaires* ». Cet article 378 du code pénal dit : « *Les médecins... et toutes autres personnes dépositaires, par état ou par profession, par fonctions temporaires ou permanentes, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où la loi les oblige à se porter dénonciateurs, auront révélé des secrets, seront punis d'un emprisonnement d'un à six mois et d'une amende de 100 à 500 frs* ».

**421.** — Cette application du secret professionnel aux commissaires aux comptes est également une des heureuses innovations des décrets-lois de 1935. Elle était d'ailleurs réclamée depuis longtemps par tous les intéressés, mais la jurisprudence s'est toujours refusée, faute de texte légal, d'étendre le secret professionnel aux commissaires. La chambre crim. de la Cour de cass. a formulé nettement sa manière de voir dans un arrêt du 14 janv. 1933 (1) en disant : « Librement charges

---

(1) G. P. 33.I.346 ; D. H. 1933.133.



par un particulier d'une besogne de vérification, ils ne sont que des employés et n'ont nullement la qualité de confidents nécessairement tenus au secret professionnel ». Bien que cet arrêt concernât la profession d'expert comptable, il a été considéré comme applicable, par analogie, aux commissaires.

La conception de la jurisprudence a été critiquée par les uns, approuvée par les autres, qui craignaient qu'une extension trop libérale du secret professionnel ne finit par englober petit à petit la majorité des états.

La réforme projetée du commissariat a rendu la solution définitive de la question plus urgente que jamais, car en donnant au commissaire des droits et des attributions beaucoup plus larges, il a fallu songer à protéger les sociétés contre les indiscretions possibles faites de bonne ou de mauvaise foi. Ainsi, le projet de loi Flandin-Pernot de 1935 prévoyait cette extension de l'obligation au secret professionnel sous une forme spéciale et édictait une amende de 1.000 à 20.000 frs « pour tout commissaire qui a divulgué dans un intérêt autre que celui des actionnaires ou des créanciers sociaux les informations qu'il a obtenues dans l'exécution de son mandat ». Nous constatons que le législateur de 1935 a été plus laconique : il a tout simplement renvoyé à l'art. 378 du C. pénal.

**422.** — § 2. — Cependant, les difficultés n'ont pas été évitées pour cela, car la doctrine et la jurisprudence sont loin d'être d'accord sur l'interprétation et la portée dudit art. 378. De plus, comment concilier l'obligation au secret professionnel pénalement sanctionné avec l'obligation de rendre compte à l'assemblée générale de l'exécution du mandat et de signaler les irrégularités ou inexactitudes éventuellement relevées et avec également celle de révéler au Procureur de la République les faits délictueux dont les commissaires ont eu connaissance ?

Nous savons bien que l'art. 378 du Code pénal ne s'applique pas aux personnes que la loi oblige à se porter dénonciatrices ; mais alors à quoi bon soumettre les commissaires au secret

professionnel tout en les obligeant à établir leur rapport en public devant l'assemblée générale, d'où il passe, au moins en ce qui concerne les grandes sociétés, par extrait ou même *in extenso* dans la presse financière ?

423. — Les uns ont pensé que le secret doit toujours jouer vis-à-vis des tiers, le commissaire n'y étant absolument pour rien si des concurrents ou spéculateurs mal intentionnés se sont glissés dans l'assemblée générale et divulguent par ce canal les renseignements qu'il était obligé de donner (M. Masson, N° 265). Les autres semblent vouloir suggérer que les commissaires pourront bien signaler à l'assemblée générale, conformément à la loi, les irrégularités de gestion, mais non les faits délictueux qui sont uniquement dénonçables au Procureur de la République (M. Tchernoff, suppl. N° 38). MM. Constantin et Gautrat (N° 669) estiment que les commissaires doivent confiner leur rapport à tout ce qui peut éclairer les actionnaires relativement aux comptes de la société, à sa situation et aux traités ou marchés prévus par l'art. 40 de la loi de 1867, mais qu'ils ne doivent pas donner des détails ne présentant qu'un intérêt purement commercial et industriel désigné habituellement par le terme « secret de commerce », tels que la liste des clients, des traités passés avec les fournisseurs, les prix de revient détaillés, etc.

M. Dalsace (1) fait un peu fi de toute cette cachoterie et dit : « Le secret dont prétendent s'entourer de nombreux dirigeants de société nous paraît peu compatible avec le principe de fonctionnement de la société anonyme. On ne saurait trop répéter que l'organe essentiel de celle-ci est l'assemblée générale qui ne peut utilement remplir ses fonctions que si elle est suffisamment renseignée ».

Tel est également pour une partie l'avis qui se fait jour dans le *Bulletin de la Comp. des Com. de Sociétés* (2), où il est dit :

---

(1) G. P. 38. doct., p. 31.

(2) 1938, p. 146.

« Si le rapport du commissaire doit respecter le secret des affaires sociales, encore faut-il qu'il ne se retranche pas trop étroitement derrière ce principe pour fournir un rapport tellement vague que son contenu en deviendrait insuffisant ».

424. — Quant à nous, nous restons fidèle à notre théorie générale pour résoudre la question : le commissaire est investi de deux mandats, l'un émanant des actionnaires, l'autre de la loi dans l'intérêt commun de l'épargne du pays. Le commissaire doit exécuter scrupuleusement chacun de ces deux mandats. Pour le dernier la question est fort simple : l'obligation qu'il a de dénoncer au Procureur de la République les faits délictueux le délie d'une façon radicale de l'obligation au secret professionnel. Pour le mandat émanant des actionnaires, il est également délié de l'obligation au secret professionnel pour tout ce qui rentre dans ses attributions qui sont fixées par la loi, si les statuts ne prévoient pas une extension plus large encore de ses pouvoirs.

Nous avons déjà examiné à fond cette question des attributions du commissaire (V. N° 63) et nous n'y reviendrons donc plus ici en détail. Rappelons cependant qu'il s'agit d'une attribution surtout comptable. En rendant compte de l'exécution de leur mission de vérificateur des livres, des inventaires, des bilans et des informations données sur les comptes de la société par le conseil d'administration et en signalant les irrégularités et inexactitudes qu'ils auront relevées, ils se conforment à leur obligation vis-à-vis du mandant ; en donnant des indications ou des renseignements sur autre chose que les points faisant strictement partie de leur mission, ils dépassent cette dernière et ne sont plus protégés par un texte légal contre l'art. 378 du C. pénal. Et sous « autre chose » nous comprenons même un commentaire du bilan et du compte des pertes et profits avec détail de chiffres et précisions à l'appui.

Le commissaire n'est pas un organe de renseignement ni de diffusion ; il est uniquement un organe de contrôle (V. N° 67).

Il appartient exclusivement au conseil d'administration de juger quels renseignements supplémentaires il estime pouvoir donner à l'assemblée en dehors de ceux qui sont prévus par les art. 34 et 35 de la loi du 24 juillet 1867. Il appartient par contre à l'assemblée de demander et d'exiger de son conseil d'administration les renseignements et explications qu'elle juge à propos, et elle doit s'adresser de préférence à ce dernier. Si le commissaire est interrogé par un actionnaire ou un groupe d'actionnaires, il a le droit et le devoir de s'abriter derrière le secret professionnel; seul un vote de la majorité de l'assemblée peut le délier de ce secret parce qu'un vote de la majorité lui avait confié son mandat.

Si, par contre, le conseil d'administration ne donne pas les renseignements que la loi lui impose, si p. ex. il ne fait pas procéder à la mise sous rubriques distinctes des profits et pertes de provenances diverses, conformément à l'art. 35 de la loi de 1867, modifié le 31 août 1937, le commissaire aura non seulement le droit mais il aura même le devoir de suppléer à la défaillance du conseil en donnant ces renseignements. En effet, il a pour mission de signaler les irrégularités relevées, et l'attitude du conseil d'administration, dans notre hypothèse, constitue bien une irrégularité, puisqu'elle est une infraction à une prescription formelle de la loi.

#### SECTION 6. — PUBLICATION OU PRÉSENTATION AUX ACTIONNAIRES D'UN BILAN INEXACT

**425.** — § 1. — Les décrets-lois du 8 août 1935 n'intéressent pas seulement la responsabilité pénale du commissaire aux comptes parce qu'ils ont sanctionné par des amendes et des peines corporelles les délits que celui-ci peut commettre directement résultant des nouveaux droits et obligations que les décrets-lois lui confèrent, mais aussi parce qu'ils ont créé un



nouveau cas possible de complicité du commissaire, en édictant par le *paragraphe 5* ajouté à l'*article 15* de la loi du 24 juillet 1867 un nouveau délit des administrateurs. Ce *paragraphe 5* est ainsi conçu : « *Sont punis des peines portées par l'art. 405 du Code pénal... ; 5° les administrateurs (1) qui, même en l'absence de toute distribution de dividendes, ont sciemment publié ou présenté aux actionnaires un bilan inexact en vue de dissimuler la véritable situation de la société* ».

**426.** — Avant les décrets-lois de 1935, les victimes d'un faux bilan d'une société anonyme étaient pénalement désarmées lorsqu'elles étaient trompées dans un cas autre que celui d'une souscription, pour lequel l'art. 15 avait toujours édicté une sanction. En effet, la loi de 1867 ne prévoyait une peine correctionnelle que dans ce cas et celui d'une répartition de dividendes fictifs ; d'autre part, on ne pouvait pas non plus appliquer aux fraudes commises dans les bilans et les inventaires les dispositions de droit commun sur les faux, tentatives de faux ou usages de faux en écriture de commerce car les bilans et inventaires ne constituent pas, selon la formule de l'art. 147 du Code pénal, des écrits emportant de plein droit décharge.

**427.** — La jurisprudence a souvent essayé de réagir contre une lacune aussi regrettable de la loi ; c'est ainsi que le tribunal correctionnel de la Seine a jugé le 21 déc. 1932 (2) que « si la production consciente d'un relevé comptable inexact ne peut juridiquement s'analyser que comme un mensonge écrit, il en va différemment de l'utilisation du bilan d'une société anonyme produit à une assemblée générale avec le conseil d'administration et la caution morale des administrateurs ». Ce jugement fut confirmé par la Cour de Paris le 7 mai 1934 (3).

---

(1) Nous remplaçons intentionnellement le mot « gérant » par celui « d'administrateur » en vertu de l'art. 45 de la loi de 1867. (V. N<sup>o</sup> 122).

(2) J. S. 1933.592.

(3) S. J. 1935.1381.

Mais pour la Chambre criminelle de la Cour de cassation, le faux bilan a toujours été un simple mensonge et ne pouvait servir pénalement que comme un des faits s'ajoutant à d'autres manœuvres caractérisées, pour constituer le délit d'escroquerie de l'art. 405 du C. pénal (1).

En instituant le nouveau délit, les décrets-lois ont coupé court à toutes ces considérations et hésitations et ont fermé d'une façon heureuse le cercle des prescriptions pénales dans lequel doivent être pris dorénavant les administrateurs et commissaires malhonnêtes ou gravement fautifs, sans voie d'issue possible.

**428.** — Cependant, on peut se demander si le § 5 de l'art. 15 ne fait pas double emploi avec d'autres prescriptions de la loi, notamment avec le § 2 du même article (publication de faits faux) ou l'art. 405 du Code pénal (délict d'escroquerie), et s'il présente un intérêt quelconque pour les commissaires aux comptes, depuis que l'art. 34 de la même loi a spécialement créé à leur intention un délict d'information mensongère. Quant au double emploi avec le § 2 de l'art. 15 et l'art. 405 du C. pénal, nous renvoyons à ce que nous avons déjà dit plus haut à ce sujet (V. N° 258).

**429.** — Pour l'inutilité de ces distinctions vis-à-vis des commissaires, il suffit de constater l'inégalité des peines prévues, surtout quand celles de l'art. 405 du Code pénal sont renforcées s'il y a eu appel au public (V. N° 257).

Il faut également envisager la question de la prescription et il ne faut pas perdre de vue qu'elle peut être accomplie pour l'infraction à l'article 34 dont le point de départ est, d'après nous, le jour où le commissaire met son rapport mensonger à la disposition des actionnaires (V. N° 392), tandis que la complicité au délict de publication d'un faux bilan n'est pas encore

---

(1) Cass. crim. 22 juin 1928 ; S. J. 1928.1200.

prescrite, le délit se renouvelant avec ses conséquences à chaque nouvelle manœuvre frauduleuse de l'administrateur procrée sur la base du bilan incriminé (1).

**430. — § 2. — A)** Il faut examiner maintenant, ainsi que nous l'avons toujours fait, les différents éléments du délit parmi lesquels se trouve en premier lieu l'existence d'un « bilan inexact ».

Que faut-il comprendre sous ce terme de « bilan inexact » ? Ainsi que le fait très judicieusement remarquer M. Dalsace (2) « un bilan est l'évaluation, à une date donnée, des différents éléments actifs et passifs d'une entreprise. Une telle évaluation peut être sincère, elle ne peut être exacte, car évaluation et exactitude sont en cette matière presque toujours inconciliables. Les comptes avec les tiers peuvent et doivent être tenus avec une exactitude rigoureuse. Mais les immobilisations, le matériel, les marchandises ne peuvent qu'être évalués ». Nous souscrivons entièrement à cette façon de voir et nous regrettons que la conception du « bilan exact » et du « bilan inexact » ait pu prendre droit de cité dans un texte légal. Nous aurions préféré le qualificatif « sincère » à celui d'exact et, faute d'un antonyme absolument équivalent, l'expression « non sincère » à celle d'inexact. MM. Dalbeau et Cantenot (N° 28) examinent également le terme « inexact » et estiment qu'il a été choisi par les rédacteurs des décrets-lois de 1935 puisqu'il est à la fois « le plus doux et le plus large » des qualificatifs dont la terminologie juridique s'est servie dans les dernières années, tels que bilan faux, bilan mensonger, bilan inexact, bilan frauduleux.

En tout état de cause nous aurions préféré voir adopté le qualificatif « sincère » car, à notre avis, peu de bilans peuvent se prétendre rigoureusement exacts. Un bilan sincère n'est

---

(1) M. Tchernoff, suppl. N° 63. MM. Constantin et Gautrat, N° 578.

(2) Un danger pour les sociétés par actions, p. 22.

pas forcément un bilan exact, ce qui prouve que les deux expressions ne sont pas synonymes du tout.

**431.** — Il ne faut pas confondre non plus un bilan inexact (pour nous servir du terme légal consacré) avec un bilan frauduleux. M. Villard (1) fait très bien ressortir la différence et le danger d'une telle confusion à laquelle la jurisprudence s'est fort souvent abandonnée. Un bilan inexact n'est pas nécessairement frauduleux ; pour qu'il le soit, il faut que les erreurs relevées dans le bilan soient intrinsèquement frauduleuses par leur caractère propre. (Conf. MM. Copper-Royer, Tchernoff).

Quoi qu'il en soit, l'élément intentionnel est requis par le mot « sciemment » figurant spécialement dans le texte légal et nous en parlerons plus loin (V. N° 441), car nous avons à nous occuper tout d'abord du premier élément du délit, la confection d'un « bilan inexact ».

**432.** — La loi ne vient nullement à notre secours pour définir nettement ce qu'il faut comprendre légalement sous ces mots « bilan inexact », expression qui ne signifie par « bilan frauduleux », nous l'avons vu. L'art 9 du *Code de commerce* qui régit les comptes à dresser annuellement par tout commerçant ne mentionne même pas le mot « bilan » et parle uniquement « *d'un inventaire des effets mobiliers et immobiliers et des dettes actives et passives* ». L'article 34 de la loi du 24 juillet 1867, tout en parlant à trois reprises du bilan et en le distinguant de l'inventaire et du compte des pertes et profits, ne donne aucune précision supplémentaire au sujet de l'inexactitude du bilan, pas plus que l'art. 35 conçu dans sa nouvelle forme par un décret-loi du 30 octobre 1935 et qui fut spécialement rédigé à l'intention du bilan.

**433.** — En vain nous cherchons également dans la jurisprudence une règle absolue, un critérium, car les décisions ren-

---

(1) De la fraude dans les bilans. p. 2.



dues, relativement nombreuses d'ailleurs, sont souvent contradictoires.

434. — Mais pourquoi devrions-nous oublier la science comptable pour nous éclairer, d'autant plus qu'elle semble absolument indiquée pour définir ce qu'il faut entendre par bilan inexact ? Bien que la pratique comptable soit vieille de quatre siècles, elle ne s'est élevée que depuis fort peu de temps à la hauteur d'une véritable science, appuyée pour ce faire sur les sciences mathématiques d'une part et la science du droit d'autre part. Des traités de comptabilité fort intéressants et instructifs sont aujourd'hui à notre portée et le bilan fut l'objet d'études très approfondies. Ne voulant pas écrire un traité sur les bilans et inventaires, nous renvoyons donc purement et simplement aux œuvres magistrales qui existent aujourd'hui, parmi lesquelles nous citons tout spécialement : MM. Folliet, Croizé, Delaporte, Reiser, Faure, Batardon, auteurs de formation comptable, et MM. Charpentier et Hamelin, Houpin et Bosvieux, Tchernoff, juristes qui se sont également penchés sur ce problème. Signalons également l'excellente étude de MM. Constantin et Gautrat qui réunit en collaboration un comptable et un juriste. (V. Bibliographie).

435. — Tous ces efforts conjugués avec ceux qu'a entrepris la jurisprudence ont permis, sinon de donner un critérium absolu du bilan inexact, du moins d'établir un ensemble de règles fondamentales auxquelles un bilan doit se conformer impérieusement pour pouvoir être considéré comme exact. Nous allons les résumer rapidement.

1° Fixation par inventaire numérique ou constatation d'effectifs des valeurs de financement mathématiquement certaines (caisse, solde créditeur ou débiteur en banque, compte chèque postal, créances sur les clients, sommes dues aux fournisseurs, effets en portefeuille, dettes et créances transitoires, réserves anciennes).

2° Fixation des valeurs d'échange par inventaire numérique exact appliqué à une évaluation sincère (marchandises, produits mi-fabriqués, matières premières, etc...).

3° Fixation des valeurs d'exploitation par détermination de leur valeur comptable, évaluation des amortissements et rapprochement à leur valeur d'usage, qui n'est pas à confondre avec la valeur de liquidation (immeubles, machines, outillages, automobiles, etc...).

4° Fixation des valeurs de participation par constatation et évaluation sincère (titres en portefeuille, prises d'intérêts).

5° Fixation des risques en voie de réalisation par évaluation sincère (provision pour créances douteuses, pour aval et cautions données).

6° Mise en provision des bénéfices d'évaluation non encore réalisés (éventuellement par déduction aux actifs intéressés, matières premières, titres en portefeuille, etc...).

7° Présentation sous leur terme juste de tous les éléments d'actif et de passif sans compensation abusive horizontale (actif avec passif par soustraction) ou verticale (actif avec passif ou passif avec passif par addition).

Toutes ces règles peuvent se formuler autrement, mais leur quintessence se retrouvera dans toute étude relative au bilan exact et nous pouvons en conclure qu'un bilan établi en s'y conformant correspond certainement au vœu de la loi, de la jurisprudence et de la doctrine.

**436.** — Parmi les commentateurs de la réforme de 1935, MM. Constantin et Gautrat (N° 569) sont les seuls à se demander s'il faut assimiler au point de vue pénal le compte des pertes et profits inexact au bilan exact. Ces auteurs se prononcent nettement dans le sens affirmatif. Il font ressortir que le compte des pertes et profits constitue une annexe au bilan destiné à éclairer les lecteurs sur la décomposition du poste Bénéfice ou du poste Perte qui se trouve au bilan.

**437.** — Nous ne pouvons suivre ces auteurs dans leur manière de voir. Le législateur de 1935 a fait partout une distinction nette entre le bilan et le compte des pertes et profits; nous la trouvons à deux reprises dans l'art. 34; l'art. 35 s'occupe séparément des règles qui concernent le bilan et celles qui sont propres au compte des pertes et profits. Si le législateur avait voulu soumettre ce dernier à la rigueur du § 5 de l'art. 15, il l'aurait dit en termes séparés.

Aussi faut-il dire que le législateur a toujours attaché moins d'importance au compte des pertes et profits qu'au bilan même. Ainsi l'art. 9 du Code de commerce oblige à procéder annuellement à un inventaire des existants et des dettes, actif et passif, autrement dit à l'établissement d'un bilan-situation, mais il ne contient aucune allusion ni directe ni indirecte au sujet du compte des pertes et profits et il a fallu l'art. 34 pour imposer aux sociétés anonymes cette obligation. Ensuite, la loi du 30 janvier 1907 sur l'insertion obligatoire d'une notice dans le *Bull. des Ann. légales obligat.* pour les sociétés par actions qui émettent une souscription publique mentionne bien dans son article 3 le dernier bilan, mais pas le compte de pertes et profits.

Le public lui aussi attache au bilan d'une maison un intérêt bien supérieur à celui du compte de pertes et profits, car le crédit qu'il accorde à une société est souvent basé sur la simple lecture du bilan sans examen du compte détaillé de pertes et profits, mais jamais sur la simple communication de ce dernier sans bilan.

Nous estimons donc que par la pratique des affaires, mais surtout par le texte même du § 5 de l'art. 15 qui ne souffre aucune interprétation extensive étant d'ordre pénal, le compte de pertes et profits ne peut pas être assimilé au bilan. Bien entendu si le solde de ce compte est faux il se reproduira fatalement faux au bilan et l'infraction résultera alors du bilan inexact. Mais si le solde est juste et si l'irrégularité se trouve à l'intérieur du compte, c'est-à-dire dans la présentation des

différents postes du compte de pertes et profits, le § 5 de l'art. 15 n'est pas applicable ; par contre, l'irrégularité tombera sous la sanction pénale de l'art. 35 que nous aurons à étudier plus loin (V. N<sup>o</sup> 448).

**438.** — *B*) Le deuxième élément nécessaire pour la consommation du délit est celui de la publication ou présentation aux actionnaires du bilan inexact.

En ce qui concerne la publication, tout le monde est d'accord qu'elle peut avoir été réalisée par tous les moyens, même verbalement si elle est collective. Une communication individuelle, par contre, ne saurait être retenue comme un fait de publication (MM. Constantin et Gautrat, N<sup>o</sup> 571; Rousselet et Patin, N<sup>o</sup> 261).

**439.** — MM. Dolbeau et Cantenot (N<sup>o</sup> 26) estiment, approuvés par MM. Rousselet et Patin (N<sup>o</sup> 261), qu'il y a bien faute pénale dès que la publication met en présence, sous une forme quelconque permettant de se rendre compte des résultats d'un exercice déterminé, l'indication des totaux du doit et de l'avoir social avec leur balance de résultat. M. Solus (N<sup>o</sup> 92) semble opiner dans le même sens.

Pour M. Tchernoff (suppl. N<sup>o</sup> 60), il faut que le document publié soit un bilan et non point une situation financière quelconque. L'article 15 de la loi parle uniquement du bilan. Nous avons, comme M. Tchernoff, peine à considérer une situation de trois lignes comme un bilan ou à la lui assimiler, d'autant plus qu'une telle situation est généralement donnée sous la forme verticale d'une soustraction du total du passif du total des actifs pour faire ressortir dans une troisième ligne l'excédent de l'un sur l'autre, tandis que le bilan se présente sous la forme traditionnelle bien connue d'un tableau d'ensemble, les actifs à gauche, les passifs à droite.

Nous pensons donc qu'il ne peut s'agir que du bilan dans le sens ordinaire du mot et nous avons un excellent argument à



l'appui de notre manière de voir. En effet, la sanction pénale du § 5 de l'art. 15 parle en même temps de la publication ou présentation aux actionnaires d'un bilan sans faire une distinction quelconque entre deux bilans, celui qui est publié et celui qui est présenté aux actionnaires. Il s'agit donc toujours du même bilan. Or, l'article 35 de la loi de 1867 donne des règles pour l'établissement du bilan social qui sont incompatibles avec le bilan-situation en trois lignes. Le bilan visé par le législateur est donc bien un bilan qui, sans entrer forcément dans un détail de chiffres, doit donner le minimum habituel de renseignements et permettre sa structure sous la forme normale d'un bilan.

**440.** — Quant à la présentation aux actionnaires, il est certain pour nous que le terme « présentation » exige une mise en scène bien moins caractérisée qu'une publication (Conf. Tchernoff, suppl. N° 60). Nous ne pouvons donc pas suivre MM. Dolbeau et Cantenot (N° 27) quand ils demandent un certain formalisme « qui suppose l'assemblée générale réunie, le conseil d'administration et le commissaire lui faisant leurs rapports réciproques sur les comptes de l'exercice ». Nous ne voyons vraiment pas sur quel argument ces auteurs peuvent s'appuyer pour soutenir cet avis.

Nous estimons tout au contraire que le délit est consommé dès que le rapport critiquable est mis à la disposition des actionnaires, c'est-à-dire au plus tard quinze jours avant l'assemblée générale (obligation imposée par l'art. 35 de la loi de 1867), sans qu'il soit possible, comme le soutiennent MM. Constantin et Gautrat (N° 570), d'échapper théoriquement à la sanction pénale en rectifiant le bilan inexact avant l'assemblée générale. Mais ces auteurs conviennent qu'au cas où un actionnaire en a réellement pris connaissance le délit est consommé, car à quoi servirait la communication à quinzaine si l'assemblée générale devait se prononcer éventuellement sur un autre bilan ? Nous ne croyons donc pas que la présentation suppose,

comme disent MM. Constantin et Gautrat (N° 570), une réelle prise de connaissance par un des actionnaires au moins. La présentation est une chose qui se suffit à elle-même. Ainsi, il est parfaitement possible qu'un garçon encaisseur présente une traite à un commerçant et que celui-ci n'en prenne même pas connaissance, fermement décidé à n'en payer aucune à l'échéance faute d'argent. Il est évident que la présentation a néanmoins eu lieu.

Nous restons donc fidèle à la manière de voir que nous avons exposée au sujet de la consommation du délit d'information mensongère du commissaire (V. N° 392) et nous estimons que le simple dépôt du bilan constituant la mise à la disposition des actionnaires est suffisant pour opérer juridiquement présentation du bilan et son transfert dans le domaine moral des actionnaires. Du reste n'est-il pas certain que l'administrateur délégué, qui fort probablement prend immédiatement connaissance du rapport, est en même temps propriétaire de quelques actions (elles peuvent être établies au porteur), de sorte que le dépôt du rapport constitue sa présentation réelle aux actionnaires accompagnée d'une prise de connaissance effective par un ou plusieurs actionnaires tout au moins, à savoir les administrateurs.

Et n'oublions pas finalement que la date de la prise de connaissance par d'autres actionnaires du bilan inexact approuvé par le commissaire est difficile à connaître, chose qui peut être importante pour le point de départ de la prescription si on voulait adopter le système de la communication effective. Il n'y a donc que des inconvénients à vouloir faire dépendre la consommation du délit d'un fait qui est occulte et ne se révèle peut-être seulement que par la suite ou même jamais, au lieu de la faire prendre date par le dépôt effectif du rapport.

**441.** — C) Le troisième élément requis est indiqué par la loi sous le terme « sciemment », auquel nous ajoutons encore un quatrième, contenu dans le texte légal : « ...en vue de dissimuler la véritable situation de la société ».

Nous ne sommes point d'accord avec MM. Rousselet et Patin (N° 263) lorsque ces auteurs estiment que ce membre de phrase est une redondance sans signification précise. Pour nous, il constitue l'élément de mauvaise foi qui n'est pas nécessairement compris dans le mot « sciemment ». En effet, si dans les délits que nous avons examinés jusqu'à présent l'expression sciemment comportait bien la mauvaise foi, c'est qu'il s'agissait toujours d'infractions à un texte légal. Par contre, dans le cas qui nous occupe maintenant, il s'agit d'un fait matériel, la présentation d'un bilan inexact.

442. — Supposons p. ex. qu'un incendie a détruit la comptabilité de la société et que le bilan a dû être établi par des moyens de fortune, par la réclamation des fournisseurs et par le bon vouloir des débiteurs qui se sont fait connaître. L'administrateur sait pertinemment que le bilan ne peut pas être exact, que le temps et la reconstitution de la comptabilité feront encore connaître d'autres débiteurs et créiteurs. Il présentera donc sciemment un bilan inexact à l'assemblée générale à laquelle il fera d'ailleurs des réserves à ce sujet, tout en l'éclairant pleinement. Aucun doute, la loi pénale ne peut trouver application.

Nous pouvons supposer également, pour donner un autre exemple, que le bilan publié et communiqué à un grand nombre d'actionnaires se révèle brusquement inexact à la veille de l'assemblée générale par suite d'une erreur de compte restée inaperçue. Les administrateurs ne peuvent plus revenir sur le bilan, le temps manque et la communication est faite. Ils prennent cependant la précaution de prévenir le lendemain l'assemblée générale et de faire modifier la répartition du bénéfice prévue. Néanmoins, ils présentent sciemment un bilan inexact, sans qu'il soit possible de les inculper, car le législateur a prudemment ajouté un quatrième élément au texte du § 5 de l'art. 15, la présentation en vue de dissimuler la situation véritable. C'est l'élément de mauvaise foi, nous l'avons dit plus

haut. Il faudrait donc plutôt, pour éviter une redite, supprimer le mot « sciemment » car on ne peut guère agir de mauvaise foi en l'ignorant.

443. — Point n'est besoin d'ailleurs que cette dissimulation soit faite pour cacher une mauvaise situation; elle peut également concerner une trop bonne situation que les administrateurs veulent céler par une diminution arbitraire de l'actif ou une augmentation fictive du passif de la société. Les raisons peuvent être bien diverses : accumulation de réserves occultes pour protéger la société contre la soif de dividende des actionnaires, diminution du bénéfice imposable, influence défaitiste à exercer sur les cours des actions en bourse en vue de leur rachat par les administrateurs à bon prix, etc...

En tous cas, la solution en droit pénal n'est pas contestable : toute dissimulation en majoration aussi bien qu'en diminution du patrimoine social véritable tombe sous le coup du § 5 de l'art. 15. Aucune divergence profonde n'existe à ce sujet parmi les auteurs (MM. Tchernoff, suppl. N° 60, Copper-Royer (1), Rousselet et Patin, N° 259); seul M. Solus (N° 92) hésite à se rallier pleinement à cette interprétation qui semble s'imposer. « La sous-évaluation dans l'inventaire, dit-il, de certains postes de l'actif ou la sur-estimation de certains amortissements, toute constitutive qu'elle soit d'inexactitude du bilan, peut être une mesure de sage administration de la société, et l'on ne peut condamner ainsi, par principe, la constitution des réserves occultes. Il nous apparaît donc que les tribunaux devront se montrer très prudents ».

Nous souscrivons à cette appréciation, bien que nous ne voyons pas trop bien sur quelles considérations les tribunaux pourront battre en brèche un texte légal qui est formel et qui ne prête pas à double interprétation.

---

(1) Rev. Sp. 1936.900.



**444.** — Une dernière question reste à traiter dans ce paragraphe : la mauvaise foi des administrateurs qui présentent un bilan inexact se présume-t-elle, comme le prétendent MM. Dolbeau et Cantenot (N<sup>o</sup> 29) ? « La mauvaise foi résultera de la seule connaissance qu'auront eue les administrateurs de l'inexactitude de certains postes du bilan, même s'ils sont étrangers à la rédaction de celui-ci ». Ou faut-il décider avec M. Solus (N<sup>o</sup> 93) que le motif qui a fait agir ou se taire un administrateur est à prendre en considération en tout premier lieu pour déterminer le caractère pénal de sa faute ?

Nous croyons personnellement que la preuve de la mauvaise foi est toujours à apporter par la prévention et qu'elle devra précisément se faire par le discernement du motif qui a poussé l'administrateur à dissimuler la véritable situation de la société.

**445.** — § 3. — Nous avons déjà signalé (V. N<sup>o</sup> 428) que le délit aura toujours pour auteur principal le ou les administrateurs. Nous avons également établi, en même temps, que le commissaire peut être poursuivi en qualité de complice, s'il a participé par son concours à la perpétration du délit ou s'il l'a facilitée. Le même fait peut donner lieu à une inculpation principale du commissaire sur la base du nouvel article 34 (information mensongère, non-révélation au Procureur). Mais l'inculpation peut avoir dans certains cas intérêt à engager des poursuites sur la base de l'art. 15 plutôt que sur celle de l'art. 34, les sanctions et le départ de la prescription n'étant pas les mêmes, ainsi que nous l'avons également vu plus haut (V. N<sup>o</sup> 280).

#### SECTION 7. — INFRACTION A LA RÈGLE DE FIXITÉ DES BILANS ET AU MODE DE PRÉSENTATION DU COMPTE DE PERTES ET PROFITS

**446.** — § 1. — Le problème de l'unification de la présentation et de la sincérité des bilans et des comptes de pertes et profits

des sociétés anonymes occupe depuis fort longtemps le législateur. L'utilité d'avoir des bilans clairs et sincères ne pouvait pas lui échapper; elle intéresse non seulement les actionnaires présents et futurs, mais également les créanciers obligataires et ordinaires ainsi que l'Etat lui-même, ce dernier au point de vue fiscal aussi bien qu'au point de vue de l'économie générale du pays.

447. — Dès 1901, une proposition de loi de M. Fleury-Ravarin tendait à faire consacrer légalement certaines règles de présentation du bilan. Une commission extra-parlementaire instituée le 21 juin 1902 en vue d'étudier les modifications à apporter aux lois sur les sociétés estimait, elle aussi, fort souhaitable une réglementation officielle de la confection des bilans. Mais aucune suite légale ne fut donnée à ces suggestions, l'unification des bilans s'avérant fort difficile à réaliser étant donné la multitude des besoins individuels des sociétés intéressées basés sur l'infinie variété de leur vie économique, de leur production et des conditions de leur existence. Une proposition de loi Colin du 28 février 1907 eut le même sort et les sociétés restèrent libres de donner à leur bilan la forme qu'elles jugeaient la plus appropriée à leurs intérêts ou à ceux de leurs administrateurs. C'est ainsi que M. Fleury-Ravarin a pu dire à la tribune de la Chambre (Documents parlementaires, Chambre 1921) qu'il s'est créé, en France, « ...pour la confection des bilans presque autant de méthodes différentes que de sociétés ».

448. — Il est encore du mérite de la réforme de 1935, à savoir du décret-loi du 30 octobre 1935, d'avoir repris et réglé la question pour la première fois en France. L'art. 1<sup>er</sup> de ce décret-loi modifie l'art. 35 de la loi du 24 juillet 1867, en s'inspirant du projet déposé par le Gouvernement à la Chambre des députés le 18 janvier 1935 (1). Le nouvel *article 35* a la

---

(1) Rev. Sp. 1936.109.

rédaction suivante : « *Le bilan et le compte des profits et pertes présentés à l'assemblée des actionnaires doivent être établis chaque année dans la même forme que les années précédentes, et les méthodes d'évaluation doivent être immuables, à moins que l'assemblée générale, après avoir pris connaissance des motifs exposés dans le rapport des commissaires, n'approuve expressément chacune des modifications apportées, soit au mode de présentation des chiffres, soit aux méthodes d'évaluation* ».

449. — La réforme de la loi de 1935 porte donc sur une question de forme, celle de la présentation du bilan, et sur une question de fond, celle de l'évaluation de l'actif et du passif. Elle consacre l'immuabilité de la présentation du bilan et du compte de pertes et profits ainsi que celle des méthodes d'évaluation. Mais elle laisse aux sociétés entière liberté de fixer une fois pour toutes le schéma, le gabarit de leurs comptes ; elle semble ainsi surtout préoccupée de permettre aux intéressés une comparaison utile entre les comptes des différents exercices, trop souvent rendue illusoire par l'entière liberté laissée aux administrateurs de façonner à leur guise d'une année à l'autre le bilan par l'application d'une terminologie comptable différente ou obscure, par le groupage et la condensation, voire la compensation des postes, et de faire ainsi ressortir un bénéfice ou une perte arbitraire par le jeu du caoutchouc régularisateur de l'évaluation. Le décret-loi de 1935 a donc réalisé une importante et salutaire réforme.

450. — Mais il a échoué complètement dans la voie non moins importante de la sincérité du bilan. Il est en effet clair que le conseil d'administration peut continuer les errements suivis jusqu'alors, comme par exemple la sous-estimation méthodique et même l'absence de tout amortissement, sans se mettre par là en conflit avec la nouvelle loi. Bien au contraire, pour apporter un changement à ces erreurs, il faut provoquer une

décision d'une assemblée générale. La nouvelle loi semble donc consacrer, et dans certains cas à perpétuité, la présentation fantaisiste du bilan et l'évaluation erronée des postes de l'actif et du passif.

De plus nous savons par la pratique ce que valent les décisions des assemblées générales : presque toujours elles entérinent purement et simplement les propositions faites par le conseil d'administration et dans ces conditions ce dernier reste pratiquement presque toujours maître de la présentation et de l'évaluation du bilan, pouvant obtenir trop facilement le consentement dorénavant indispensable de l'assemblée générale pour opérer d'une année à l'autre les modifications désirées.

451. — A notre avis, le législateur n'aurait pas dû s'arrêter en si bonne voie. Il aurait dû ériger en prescription légale certains principes élémentaires de bonne présentation des comptes qui ne nuisent pas à la souplesse désirable des bilans. Le sénateur Emile Bender a très bien résumé une partie de la question dans sa proposition de loi ainsi libellée (1) : « Les divers éléments de l'actif (immeubles, matériel, marchandises, créances, portefeuille, participations, espèces en caisse ou solde créditeur en banque) et du passif (capital, réserves diverses, amortissements, provisions, dettes) ainsi que les résultats doivent faire l'objet de postes distincts, sans compensation possible entre les comptes débiteurs portés à l'actif et les comptes créditeurs portés au passif ».

452. — D'ailleurs, sentant lui-même l'insuffisance des prescriptions adoptées par le décret-loi du 30 octobre 1935, le législateur s'est vu obligé de les compléter d'une façon heureuse par l'article 8 du décret-loi du 31 août 1937 qui ajoute à l'art. 35 de la loi du 24 juillet 1867 le paragraphe suivant : « *Le compte de profits et pertes doit exprimer sous des rubri-*

---

(1) J. O. 22 oct. 1926.



*ques distinctes les profits ou les pertes de provenances diverses ».*

**453.** — § 2. — Quelle est la portée exacte de ces nouvelles mesures légales ? En ce qui concerne le bilan, nous avons vu que le texte de la loi consacre tout d'abord l'immutabilité de la forme du bilan que la loi dénomme aussi « mode de présentation des chiffres ». Il sera donc désormais interdit de transporter tels éléments de l'actif ou du passif d'une rubrique à une autre, d'opérer des nouvelles condensations ou compensations, de procéder à un nouveau groupement des valeurs ou d'avoir recours à l'artifice d'une autre terminologie comptable. Cette prescription concerne, à notre avis, également la présentation des amortissements pratiqués; la société qui a adopté le principe de l'amortissement direct des valeurs de l'actif ne peut donc plus appliquer la méthode de l'amortissement indirect par inscription d'un poste *ad hoc* au passif et *vice versa*. (Conf. MM. Constantin et Gautrat, N<sup>o</sup> 524).

**454.** — Ensuite le décret-loi de 1935 rend immuable la méthode d'évaluation des actifs et des passifs adoptée dans les exercices passés. Si cette méthode, en ce qui concerne l'inventaire des marchandises et des titres en portefeuille, est celle du cours du jour, elle restera applicable à l'avenir comme par le passé; si elle est celle du prix de revient ou du prix d'achat, elle ne pourra pas davantage être modifiée.

**455.** — Mais dans la pratique, ces deux méthodes extrêmes ne se trouvent pas appliquées par les maisons sérieuses, étant donné que la première méthode, celle du cours du jour, peut faire entrer dans les résultats accusés par l'exercice un bénéfice de différence de cours non encore réalisé, tandis que la seconde, celle du prix d'achat, peut faire négliger imprudemment le fait d'une baisse intervenue sur le marché avec laquelle il y a lieu de compter immédiatement dans l'établissement des

prix de vente. On préfère donc dans la pratique des affaires une méthode mixte, celle de la valeur la plus basse des deux, cours du jour ou prix d'achat (Minderheitswert).

On peut se demander alors si cette méthode, appliquant, selon la situation, ou bien le cours du jour ou bien le prix d'achat, n'est pas en contradiction avec la nouvelle prescription légale. En prenant les choses à la lettre même, il faut répondre affirmativement, bien qu'il n'ait pas été dans l'intention du législateur de condamner cette méthode imposée par le bon sens et consacrée universellement par la pratique commerciale. Que faut-il faire alors ?

Nous préconisons une solution qui semble donner satisfaction à la fois à la loi et à la pratique des affaires. D'après nous, il y a lieu d'appliquer invariablement le cours du jour. Voici donc respecté le principe de l'immutabilité de l'évaluation. Mais si le prix d'achat ou de revient se trouve être inférieur au cours du jour il y a lieu de créer dans le bilan une provision pour le bénéfice du cours non encore réalisé, ce qui n'est nullement contraire au principe de l'immutabilité de la forme du bilan, étant donné que ce poste fera partie du gabarit adopté, tout en n'étant pas inscrit dans le bilan si sa valeur est zéro, c'est-à-dire quand le cours du jour est égal ou inférieur au prix d'achat ou de revient. Cette conception d'un poste faisant partie du schéma du bilan, mais qui y est inscrit ou non selon qu'il a une valeur comptable ou qu'il n'en a pas, est absolument conforme aux prescriptions légales par suite de la nature même du bilan, ce dernier n'étant autre qu'un tableau comparatif des valeurs actives et passives d'une affaire à une date déterminée, dans lequel les postes inexistantes n'ont pas à être mentionnés.

**456.** — MM. Constantin et Gautrat (N° 526) s'occupent d'une façon fort judicieuse du problème des amortissements et ils concluent à juste raison que tout changement dans la méthode d'amortissement adoptée pour les bilans antérieurs tombe également sous la prohibition légale. Il ne sera donc pas possible

de pratiquer l'amortissement décroissant après avoir procédé par amortissement à taux fixe ou de retenir l'amortissement forfaitaire à la place de l'amortissement proportionnel. Par contre ces excellents auteurs estiment que le fait de pratiquer un amortissement extraordinaire ne constitue pas une modification à la méthode d'évaluation dès lors que cet amortissement correspond à une dépréciation imprévue. Copper-Royer (1) aboutit à des conclusions opposées.

Nous estimons qu'une dépréciation imprévue doit trouver impérieusement son écho dans les amortissements à pratiquer, sous peine de présenter un bilan faux, et nous prétendons qu'il n'y a rien de contraire à l'immutabilité de la méthode d'évaluation. En effet, évaluer veut dire en matière de bilan fixer en grandeur numérique aussi proche que possible de sa valeur réelle un poste de l'actif ou du passif dont la valeur ne peut pas être exactement déterminée par le procédé du jeu arithmétique des écritures comptables. Or, si une dépréciation imprévue se produit, nous sommes en face d'un facteur nouveau qui n'existait point dans le dernier bilan. Continuer à pratiquer purement et simplement les anciens taux d'amortissement nous amène à fermer les yeux sur la dépréciation survenue, à ignorer une certitude. De cette certitude, nous devons en tenir compte en dehors de l'évaluation des amortissements normaux, en vertu de la définition même du terme comptable d'évaluation. Jusqu'à concurrence du montant de cette dépréciation imprévue nous ajoutons un facteur nouveau à l'ancienne méthode d'amortissement, nous ne la changeons pas en elle-même.

**457.** — En ce qui concerne la nouvelle prescription du décret-loi du 31 août 1937 on peut se demander quelle est la portée exacte de ses termes qui veulent que « le compte de profits et pertes doit exprimer sous des rubriques distinctes les profits ou les pertes de provenances diverses. »

---

(1) Rev. Sp. 1936.109.

Que faut-il entendre par « profits et pertes de provenances diverses » ? Faut-il imposer aux sociétés ayant plusieurs centres d'exploitation ou des succursales multiples de faire figurer les résultats séparément ? Faut-il croire qu'une maison exploitant des branches différentes doit faire connaître dans son compte des pertes et profits les résultats distincts de chaque branche, telle une banque qui a des services distincts de portefeuille, de titres, de comptes courants ou telle une usine métallurgique qui produit des machines électriques et des machines pour l'industrie typographique ? Et quant aux pertes de provenances diverses, faut-il croire que dorénavant les pertes sur clients douteux doivent figurer à part des pertes sur des participations, que les amortissements sur immeubles sont à séparer des amortissements sur les machines et l'installation ?

**458.** — Bien que l'absence de travaux préparatoires ne permette pas de préciser l'intention du législateur, il est évident « qu'il n'a pas voulu contraindre les sociétés à entrer dans le détail et à donner ainsi, pour beaucoup d'entre elles, au compte de profits et pertes, les dimensions d'un volume, ni provoquer la publication d'indications comptables, dont la révélation peut être contraire aux intérêts sociaux » (1). Il faut s'inspirer avant tout de l'esprit général des décrets-lois d'octobre 1935 sur la protection de l'épargne, dont celui du 31 août 1937 qui nous occupe n'est qu'une prolongation, une mise au point.

**459.** — Ce que le législateur a voulu atteindre surtout, nous dirons presque exclusivement en nous basant sur les prescriptions étudiées du décret-loi du 30 octobre 1935, c'est la possibilité pour tous les intéressés de comparer utilement l'évolution de la société et les résultats acquis par elle d'une année à l'autre. Pour ce faire il faut non seulement adopter chaque année le même mode de présentation des chiffres (premier point consacré par ledit décret-loi), il faut non seulement employer les mêmes

---

(1) B. C. C. S. 1938.502.



méthodes d'évaluation (deuxième point consacré par ledit décret-loi), mais il faut aussi séparer dans le compte de pertes et profits les résultats provenant de l'exploitation normale et principale de la société de ceux qui ne présentent qu'un caractère accidentel ou temporaire. L'actionnaire, en face d'un compte de pertes et profits accusant un bénéfice supérieur à celui de l'exercice précédent, doit pouvoir se rendre compte s'il s'agit d'une amélioration intrinsèque des résultats d'exploitation normalement obtenus, ce qui fait favorablement présager l'avenir, ou d'un bénéfice accidentel qui ne se renouvellera plus.

Voici, à notre avis, le véritable sens de la prescription du 31 août 1937 et il nous semble par conséquent que le compte de pertes et profits doit faire ressortir d'une part le résultat normal de l'exploitation qui est le but, la raison d'être de la société, et d'autre part d'une façon distincte les résultats accessoires, tels que ceux provenant de la gérance d'immeubles ou d'un portefeuille de titres ou de participations prises dans d'autres maisons, ainsi que les résultats accidentels dus par exemple de la réalisation d'une partie des actifs. Tel est également l'avis de la Commission de législation et questions techniques de la Compagnie des Commissaires de Sociétés de Paris (1) qui, tout en tenant un raisonnement différent, conclut que « ... le compte de pertes et profits doit comporter autant de rubriques qu'il y a de pertes et profits de natures diverses par leur origine sans imposer de discriminations spéciales en ce qui concerne les pertes et profits provenant des opérations normales de l'exploitation. »

**460.** — § 3. — Pourtant, comme nous l'avons déjà vu par la lecture du texte légal (V. N° 448) l'immutabilité des méthodes de présentation du bilan et du compte de pertes et profits n'est pas absolue. Le texte permet à l'assemblée générale d'y apporter des modifications « après avoir pris connaissance des motifs exposés dans le rapport des commissaires ».

---

(1) B. C. C. S. 1938.503.

Il faut cependant que l'assemblée approuve d'une façon expresse chacune des modifications proposées par un vote particulier. (Conf. MM. Constantin et Gautrat N° 530).

**461.** — Une première question se pose : quelle est l'assemblée qualifiée pour donner ou pour refuser son approbation ? Point n'est nécessaire, étant donné le silence du texte, de convoquer une assemblée extraordinaire, sauf si le changement entraîne une modification des statuts en portant par exemple sur les taux des amortissements statutairement fixés. L'assemblée générale compétente est donc, en principe, l'assemblée annuelle. (Conf. MM. Houpin et Bosvieux, suppl. 1937 p. 212; Solus N° 289; Dolbeau et Cantenot N° 200).

**462.** — Cependant, il est indispensable que l'approbation des modifications précède, sous forme d'un vote propre à chaque modification, l'approbation du bilan et des comptes par l'assemblée générale. Rien ne s'oppose à ce que les deux votes interviennent d'ailleurs dans l'ordre prescrit au cours de la même assemblée générale (Conf. MM. Rousselet et Patin N° 309), sous condition toutefois que la proposition de modification ainsi que le rapport du commissaire contenant l'exposé des motifs aient été tenus à la disposition des actionnaires au siège social quinze jours au moins avant la date de l'assemblée. (Déc.-Loi du 30 oct. 1935 art. 1<sup>er</sup>).

Nous estimons en effet que le législateur a attaché une importance toute particulière à ce que les actionnaires votent les modifications en toute connaissance de cause, « après avoir pris connaissance des motifs exposés dans le rapport des commissaires ». On a fait observer qu'il n'appartient pas aux commissaires de proposer des modifications dans la présentation du bilan ou les modes d'évaluation et de s'immiscer ainsi dans le domaine réservé aux administrateurs; il ne leur appartient pas non plus, en a-t-on conclu, d'en exposer les motifs. Leur rapport consiste plutôt à donner un avis sur les changements

proposés et les motifs invoqués (Conf. MM. Constantin et Gautrat N° 531).

Nous ne partageons pas cette manière de voir, car nous ne croyons pas à une simple inadvertance du législateur ayant mal précisé sa pensée. Tout d'abord le texte est absolument formel et ne prête pas à interprétation. Ensuite la charge imposée aux commissaires de donner non seulement un simple avis plus ou moins court et standardisable dans une clause de style, mais d'exposer eux-mêmes les motifs et les faire leurs pour ainsi dire, nous semble une utile précaution contre un avis trop hâtivement donné. N'oublions pas que les administrateurs entraînent très facilement le vote des assemblées générales dans le sens désiré par eux. L'intervention réelle et approfondie des commissaires est la seule garantie que la loi a donnée aux prescriptions nouvelles que nous étudions pour éviter qu'elles soient trop facilement enfreintes par le conseil d'administration proposant et obtenant presque automatiquement toutes les modifications dans la présentation et l'évaluation du bilan qu'il désire.

Et enfin il ne faut pas confondre, comme semblent le faire les savants auteurs cités, les motifs à la base de l'exposé des administrateurs et ceux qui sont à la base de l'exposé des commissaires. Les premiers sont fatalement toujours favorables à la modification proposée, les derniers par contre peuvent être plus réservés ou même nettement défavorables.

Pour toutes ces raisons, nous croyons qu'il y a lieu de se tenir aux termes mêmes du texte légal et de demander au commissaire un exposé des motifs indépendant de celui du conseil d'administration, dans lequel il justifie sa manière de voir.

**463.** — § 4. — Pour imposer le respect des nouvelles prescriptions, l'art. 35 de la loi du 24 juillet 1867 déclare leur violation passible d'une amende de 1.000 à 10.000 francs.

Le délit ainsi sanctionné se caractérise par la simple constatation d'un fait matériel, l'infraction à l'immutabilité des mé-

thodes de présentation ou d'évaluation du bilan ou la présentation d'un compte de pertes et profits n'exprimant pas sous des rubriques distinctes les profits et pertes de provenances diverses. Point n'est besoin que ces faits matériels reposent sur une intention délictueuse ou simplement malhonnête, l'infraction matérielle est suffisante en elle-même.

Il faut avouer que les peines édictées, compte tenu de l'importance des centimes additionnels, sont très lourdes pour une infraction purement matérielle. Les tribunaux tiendront fort certainement compte de la bonne ou de la mauvaise foi du délinquant pour atténuer la peine en accordant largement des circonstances atténuantes et le bénéfice du sursis.

**464.** — Les sanctions pénales édictées à l'égard des administrateurs responsables sont d'ailleurs les seules qui soient prescrites par la loi; celle-ci abandonne ainsi une ancienne conception fort justifiée en droit pur, mais néfaste au point de vue pratique, qui frappait de nullité tout vote irrégulièrement émis par une assemblée générale. Par conséquent, l'approbation donnée par une assemblée générale à un bilan modifié ou un compte de pertes et profits non conforme aux prescriptions de la loi du 31 août 1937 gardera toute sa valeur, même si dans le premier cas ni le conseil d'administration ni le commissaire aux comptes n'ont exposé les motifs justifiant les modifications opérées.

**465.** — La loi n'a pas précisé contre qui les amendes seraient prononcées. Mais il est de toute évidence qu'il s'agit des administrateurs qui ont le devoir de présenter à l'assemblée générale un bilan et un compte de pertes et profits conforme aux prescriptions légales. Le commissaire aux comptes, personnellement, n'est pas chargé de cette présentation proprement dite, il donne son avis sur les comptes et expose, le cas échéant, son point de vue au sujet des modifications dans la présentation ou dans l'évaluation des postes. Mais en donnant cet avis, sa res-



ponsabilité pénale peut-elle être engagée ? Sans aucun doute possible en qualité de complice, si cet avis est donné de mauvaise foi pour plaire au conseil d'administration. D'ailleurs, dans ce cas, le délit de la publication ou présentation aux actionnaires d'un bilan inexact sera le plus souvent consommé ou celui d'informations mensongères sur la situation de la société.

**466.** — Mais si la bonne foi du commissaire a été surprise, s'il a négligé de comparer le bilan et les modes d'évaluation (ce qui n'est pas toujours facile) avec ceux de l'année précédente, s'il ne s'est pas aperçu dans son examen des comptes que le compte de pertes et profits contient des bénéfices de provenance diverse, et s'il n'a pas constaté ainsi la violation de la loi, peut-il être poursuivi pénalement ? La question est fort importante et éminemment pratique.

Rappelons-nous que nous sommes en face d'un délit purement contraventionnel, dans lequel, aux termes mêmes de la loi, le facteur de bonne ou de mauvaise foi n'a pas à intervenir. On peut être de ceux qui estiment comme nous, que la loi s'est montrée d'une rigueur excessive surtout quand on considère les peines très élevées qui sont édictées. Mais cette considération ne change rien au problème de droit qui se pose et qui, d'après nous, n'est pas à examiner sur la base de la bonne ou de la mauvaise foi du délinquant. La question est uniquement celle de savoir si le commissaire aux comptes est légalement chargé d'une mission en rapport direct avec les prescriptions qui nous occupent, de sorte qu'il soit possible de lui attribuer une faute (non intentionnelle) dans l'exécution de sa mission et ergo une violation de la loi.

**467.** — En examinant la question sous cet angle, il faut se rappeler que le commissaire aux comptes a pour mission, aux termes mêmes du nouvel article 35, d'exposer dans un rapport les motifs qui lui font accepter ou rejeter la proposition de modification du mode de présentation des chiffres ou des mé-

thodes d'évaluation. Il lui est évidemment permis de se tromper dans son avis et d'émettre une opinion qui se révèle par la suite comme erronée. Mais il ne lui est pas permis de pécher par négligence, en s'abstenant de faire un rapport ou en présentant un rapport superficiel ou incomplet. S'il le fait, nous estimons qu'il expose sa responsabilité pénale non plus comme complice de mauvaise foi des administrateurs, mais comme auteur principal du délit contraventionnel sanctionné par le dernier alinéa de l'art. 35 consistant dans la violation de la disposition du premier alinéa qui impose au commissaire de présenter à l'assemblée générale un rapport spécial.

**468.** — M. Gabolde (1) n'est pas du même avis. Il estime que c'est aux administrateurs seuls que s'appliqueront les sanctions prévues et que la mauvaise foi est un élément indispensable pour entraîner une condamnation pénale dans cette matière.

On peut faire valoir en effet que la loi ne punit des peines prévues à l'art. 15 nouveau de la loi du 27 juillet 1867 que les administrateurs, au cas de présentation faite sciemment d'un bilan inexact en vue de dissimuler la véritable situation de la société. Mais ceci est déplacer la question et la porter sur un autre terrain. Autre chose est de présenter un bilan inexact ou d'apporter des modifications aux méthodes de présentation et d'évaluations pratiquées. Cette dernière est un fait matériellement constatable, certain, qui exige sa connaissance par les administrateurs; le premier est une chose d'appréciation, car qu'est-ce qu'un bilan inexact ? Au sens strict du mot, tous les bilans sont inexacts, selon le point de vue auquel on se place. Le législateur ne pouvait pas sanctionner un bilan inexact en lui-même sans exiger la mauvaise foi, c'est-à-dire la connaissance de la chose, connaissance qui est acquise d'avance en ce qui concerne les modifications apportées à la présentation et aux évaluations. D'autre part, les peines édictées par l'art. 15

---

(1) G. Prud. 1936.102.

par renvoi à l'art. 405 du Code pénal sont des plus sévères et prévoient « un emprisonnement d'un an au moins et de cinq ans au plus, et une amende de 1.000 frs au moins et de 10.000 frs au plus ». Comment aurait-on pu imposer ces peines d'emprisonnement sans exiger la mauvaise foi du délinquant ?

Nous persistons donc à croire que l'argument invoqué et dont M. Masson (N° 269) se fait l'écho, est à écarter résolument et que les sanctions édictées par le dernier alinéa de l'art. 35 frappent les administrateurs aussi bien que les commissaires; la bonne ou la mauvaise foi du contrevenant ne saurait être retenue que pour apprécier, non point le principe même de la condamnation pénale, mais l'importance de la peine à infliger au prévenu.

**469.** — Ce raisonnement concerne, à notre avis, les modifications apportées à la présentation et aux évaluations, étant donné que le texte applique la sanction expressément à toute violation des dispositions de l'alinéa I de l'art. 35 qui impose au commissaire aux comptes un fait positif, celui de la rédaction d'un rapport spécial. Mais que décider en ce qui concerne la prescription relative aux rubriques distinctes du compte des pertes et profits ? Certes, le commissaire a le devoir de surveiller l'application des dispositions légales qui régissent la confection et la présentation du bilan et des comptes de la société. Certes, la sanction prévue lui sera applicable en cas de connivence frauduleuse avec les administrateurs; il sera poursuivi comme complice.

Mais si le commissaire a agi de bonne foi, n'ayant pas constaté dans son contrôle l'existence de bénéfices de provenances diverses, nous ne croyons pas qu'il puisse être pénalement poursuivi. L'article 35 qui forme un tout contenant sa propre sanction ne saurait déborder sur son propre cadre. Or il n'impose en lui-même aucune obligation spéciale au commissaire quant aux différentes rubriques du compte de pertes et profits et ne peut donc pas rejallir, en ce qui concerne ces sanctions,

sur les autres obligations du commissaire au compte, parmi lesquelles se trouve évidemment celle de vérifier d'une façon générale mais précise l'application de la loi au bilan et au compte de pertes et profits.

Nous estimons par conséquent que le commissaire ne saurait être recherché pénalement de ce fait que d'une façon indirecte à titre de complice, agissant de mauvaise foi en connivence avec les administrateurs, et cette solution donne en même temps satisfaction à la pratique des affaires, étant donné que l'application de la lourde pénalité pour simple infraction contraventionnelle serait vraiment regrettable dans une matière aussi peu claire et difficile à définir que celle de la provenance des différents bénéfices et pertes.

**470.** — Bien entendu, les commissaires sont exposés aux poursuites civiles pour négligence ou faute dans l'exécution de leur mandat. Mais encore faut-il que le demandeur prouve un préjudice subi par suite de cette faute du commissaire ainsi que la relation de cause à effet entre cette négligence et le préjudice, ce qui ne sera pas toujours facile. En tous cas cette action se présentera toujours sous forme d'une action individuelle, car nous ne voyons pas de quelle façon la société elle-même pourrait subir un préjudice par l'attitude reprochable de son commissaire, si ce n'est sur le terrain fiscal.

**471.** — Une dernière question se pose : le commissaire, en face d'un compte irrégulier des pertes et profits, peut-il se substituer aux administrateurs pour donner à l'assemblée générale le détail du compte légalement exigé ? Nous ne le croyons pas. La loi a toujours écarté toute immixtion du commissaire dans les attributions du conseil d'administration et a restreint celle-ci à l'unique cas de la convocation de l'assemblée générale en cas d'urgence. Son rôle est celui d'un contrôleur, pas celui d'un gérant. Il doit donc se borner à attirer en temps utile l'attention des administrateurs (et nous conseillons de le



faire pour chacun des administrateurs séparément par lettre recommandée) sur l'infraction qui est en train de se commettre et d'en saisir, dans son rapport ordinaire, l'assemblée générale qui arbitrera le conflit éventuel entre le commissaire et le conseil d'administration, au cas où ce dernier passerait outre aux observations soulevées par le commissaire.

Mais, nous le répétons, il n'appartient pas au commissaire de se substituer au conseil et de donner les détails exigés par la loi des administrateurs, pour lesquels d'ailleurs souvent des éléments de base pourront lui faire défaut. Procéder autrement serait s'exposer à de réelles difficultés, non pas seulement au point de vue pénal, mais également au point de vue de la responsabilité civile pour divulgation de secret professionnel.

**472.** — Il est du reste également certain que le commissaire est obligé dans ce cas de révéler les faits délictueux au Procureur de la République en se conformant ainsi aux nouvelles prescriptions de l'art. 34 de la loi sur les sociétés anonymes que nous avons étudiées plus haut. (V. N<sup>o</sup> 395).

#### SECTION 8. — ATTEINTE AU DROIT PRÉFÉRENTIEL DE SOUSCRIPTION

**473.** — § 1. — Un décret-loi du 30 octobre 1935 a institué en faveur des actionnaires d'une société anonyme un droit préférentiel de souscription sur de nouvelles actions en voie d'émission, ceci pour éviter un abus autrefois possible qui avait souvent provoqué de vives critiques.

Le texte de l'art. 7 de ce décret-loi concerne particulièrement les commissaires dans le cas où une renonciation des anciens actionnaires au droit préférentiel de souscription est proposée à l'assemblée générale. L'art. 7 dit : « *Les commissaires doivent indiquer, dans un rapport spécial à l'assemblée, si les bases de calcul indiquées par le conseil d'administration dans le rapport*

prévu à l'art. 6 du présent décret leur paraissent exactes et sincères. »

Quelles sont ces bases de calcul de l'art. 6 ? « Le conseil d'administration indique, dans un rapport préalable à l'assemblée générale, les motifs de l'augmentation de capital ainsi que les personnes auxquelles seront attribuées les actions nouvelles et le nombre d'actions attribuées à chacune d'elles, le taux d'émission et les bases sur lesquelles il a été déterminé. » La violation de ces prescriptions légales est punie par une sanction civile, la nullité de l'augmentation du capital et la responsabilité solidaire des membres du conseil et du commissaire (art. 8 déjà étudié, V. N° 245), et par une sanction correctionnelle édictée par l'art. 11 ainsi conçu : « Sont punis d'une amende de 1.000 à 100.000 francs les administrateurs ou les commissaires qui, sciemment, ont donné ou confirmé des indications inexactes dans les rapports prévus aux articles qui précèdent ». Il s'agit du rapport obligatoire des administrateurs de l'art. 6 et du rapport obligatoire du commissaire de l'art. 7.

474. — Une première pensée nous vient à la lecture de l'art. 11 qui parle des indications inexactes sciemment données ou confirmées par les commissaires. Cette phrase, nous l'avons déjà rencontrée lors de l'étude de l'alinéa 5 de l'art. 34 de la loi de 1867, qui punit d'un emprisonnement de un à cinq ans et d'une amende de 1.000 à 20.000 francs, ou de l'une des deux peines seulement, tout commissaire qui a sciemment donné ou confirmé des informations mensongères sur la situation de la société. (V. N° 375 et svts).

Nous ne croyons pas à un double emploi complet, car l'information visée par l'art. 34 de la loi de 1867 doit nécessairement porter sur « la situation de la société » tandis que l'indication faite selon l'art. 11 se rapporte exclusivement aux bases de calcul du taux d'émission établies par les administrateurs. Ainsi ces bases de calcul peuvent se référer au taux général d'es-compte, aux émissions faites par d'autres sociétés; elles peuvent

tenir compte des avantages particuliers réservés aux nouveaux actionnaires, des charges ou exemptions fiscales dont se trouve entourée l'augmentation de capital. Tous ces renseignements, quand ils ressortent du rapport des administrateurs en guise de justification du taux d'émission proposé, tombent uniquement sous l'application de l'art. 11 qui est donc plus étendu de ce côté que l'art. 34 de la loi organique des sociétés anonymes.

**475.** — Par contre une fausse indication portant sur le bilan de la société constituera à la fois une infraction aux deux prescriptions légales, dont la sanction diffère d'une façon peu banale. Tandis que l'art. 34 prévoit une amende de 1.000 à 20.000 frs, l'art. 11 est cinq fois plus sévère en édictant une amende de 1.000 à 100.000 frs; mais il semble vouloir se racheter en ne prescrivant aucune peine corporelle, tandis que l'art. 34 permet un emprisonnement de 1 à 5 ans. Voici un joli exemple d'incohérence des peines prévues dans notre législation répressive. Après avoir parlé de la coordination du rail et de la route, il ne serait que temps de régler également la coordination de nos sanctions pénales qui déraillent et qui déroutent.

Si donc, à l'infraction commise, les deux articles 11 et 34 sont applicables, le juge est-il libre de préférer l'un ou l'autre si la prévention porte sur les deux ? Nous ne croyons pas qu'il était dans l'esprit des auteurs du décret-loi du 30 octobre 1935 de faire établir une différenciation des peines possibles pour infraction à l'art. 7, selon que cette infraction portait sur la situation de la société ou sur une autre indication tendant à justifier le calcul du taux d'émission. Nous croyons que le décret du 30 octobre 1935 forme un tout qui se suffit à lui-même et que l'infraction qui est spécialement circonscrite et caractérisée par lui est entièrement et exclusivement réglée par les sanctions édictées par son art. 11. La loi du 24 juillet 1867 n'est donc pas applicable à ce cas particulier.

**476.** — Que dire en ce qui concerne l'alinéa 2 de l'art. 15 de

cette loi qui punit, comme nous l'avons vu (V. N<sup>o</sup> 278), la publication de faits faux en vue d'obtenir des souscriptions ou des versements ? Nous lui appliquons d'abord le même raisonnement, pour conclure à la non-application des sanctions de l'art. 15 de la loi du 24 juillet 1867, et nous ajoutons ensuite qu'il vise l'emploi de moyens frauduleux pour l'obtention de souscriptions, tandis que l'art. 11 que nous analysons vise précisément le contraire, c'est-à-dire des indications fausses qui tendent à faire renoncer les anciens actionnaires à leur droit préférentiel de souscription.

**477.** — Et l'alinéa 5 du même article 15 de la loi de 1867 qui sanctionne la publication et la présentation aux actionnaires d'un bilan inexact ? (V. N<sup>o</sup> 425). Cet alinéa vise uniquement les administrateurs et non pas, comme l'art. 11 du décret du 30 octobre 1935, les commissaires; il concerne uniquement le bilan et non point les autres indications qui peuvent se trouver incluses dans les bases de calcul du taux d'émission. Nous estimons par conséquent que les champs d'application des deux articles sont bien différents et que l'art. 15 de la loi de 1867 ne trouve pas d'application dans la matière qui nous occupe maintenant, fût-il même sous la forme d'une sanction pour compli-cité. Nous le répétons, le décret-loi du 30 octobre 1935 forme un tout qui se suffit à lui-même et ses prescriptions sont sanctionnées par l'art. 11 de cette loi d'une façon exclusive.

**478.** — § 2. — Après ces explications, nous pouvons étudier les éléments du nouveau délit dont le commissaire est l'auteur principal. Nous en distinguons quatre : il faut une indication donnée ou confirmée, il faut que cette indication soit inexacte, il faut qu'elle soit donnée ou confirmée sciemment, et il faut enfin qu'elle concerne les bases sur lesquelles le taux d'émission a été déterminé. Nous allons les examiner successivement.

**479.** — A. — Il faut en premier lieu une indication « donnée



ou confirmée ». En ce qui concerne le commissaire, nous ne voyons pas en quoi le verbe « donné » peut le concerner, car sa mission est précisément une mission de confirmation et non point une mission d'information. Le rapport du commissaire doit uniquement indiquer si les bases de calcul établies dans le rapport des administrateurs pour fixer le taux d'émission des nouvelles actions lui paraissent exactes et sincères. Le rapport a donc une portée beaucoup plus limitée que celui du conseil d'administration qui doit aussi contenir les motifs de l'augmentation du capital ainsi que les personnes auxquelles seront attribuées les actions nouvelles et le nombre attribué à chacune d'elles. Le mot « donné » nous paraît donc devoir se rapporter au conseil, tandis que le mot « confirmé » concerne directement et uniquement le commissaire.

On peut se demander si cet élément du délit s'entend dans le sens actif du mot « confirmer » ou si, en gardant le silence sur le tout, par absence complète de rapport ou sur des points importants, le commissaire n'encourt pas quand même les sanctions de l'art. 11 ayant ratifié par une sorte de confirmation tacite.

**480.** — Il est peu probable d'ailleurs que la question se pose par suite du silence du commissaire portant sur quelques points seulement, car, s'il fait un rapport en vertu de l'art. 7, il sera fatalement amené à conclure dans un sens ou dans l'autre; et en concluant dans un sens favorable, en approuvant les bases de calcul retenues par les administrateurs, le commissaire les ratifie toutes « in globo » sans qu'il soit nécessaire qu'il les ait examinées dans son rapport à l'assemblée successivement une par une.

**481.** — Mais que faut-il décider en cas d'absence totale de rapport du commissaire ? (Bien entendu si les autres éléments du délit et notamment la mauvaise foi du commissaire sont existants). Nous n'envisageons pas ici la question de la respon-

sabilité civile consécutive à la nullité de l'augmentation du capital prescrite impérieusement par l'art. 8 pour ce cas d'absence du rapport. Au point de vue pénal, MM. Constantin et Gautrat (N° 366) estiment qu'aucun délit ne sera perpétré, et M. Copper-Royer (1) se prononce dans le même sens.

Pour notre part, nous ne pouvons pas croire qu'un commissaire qui assiste paisiblement à l'assemblée générale spéciale et qui enregistre les mensonges et inexactitudes dans le rapport du conseil sans intervenir pour rétablir la vérité puisse agir autrement que dans une pensée dolosive, d'autant plus qu'il ne peut ignorer la formule impérative de l'art. 7 : « Les commissaires doivent indiquer... ». Les actionnaires présents ont le droit de se croire protégés par le commissaire qui est leur mandataire et son silence est pour eux la confirmation de la parfaite régularité des assertions contenues dans le rapport du conseil sur les bases de calcul du taux d'émission. Nous considérons que le commissaire n'est pas dans ce cas seulement coupable comme complice des administrateurs fautifs, mais comme auteur principal de l'infraction prévue par l'art. 7.

**482.** — Il faut ensuite une indication « inexacte ». Or, nous l'avons vu (V. N° 474), les bases d'appréciation d'un taux d'émission ne sont pas toujours de nature purement comptable, bien que l'art. 7 emploie le terme « bases de calcul » en opposition avec l'art. 6 qui ne parle que des « bases » tout court. Mais en sortant du domaine pur des chiffres pour entrer dans celui des appréciations, nous sortons en même temps du domaine de l'exactitude mathématique. Il faut donc comprendre sous le terme « d'indications inexactes » en premier lieu les inexactitudes matériellement certaines, mais aussi les affirmations qui constituent des mensonges et contre-vérités flagrantes. Nous pensons même qu'il ne faut pas laisser aux administrateurs trop de liberté dans le domaine des exagérations courantes ou tour-

---

(1) Rev. Sp. 1937.300.

nures habiles qui se pratiquent souvent en matière de commerce et il y a lieu d'être beaucoup plus sévère dans cette matière que dans celle d'une publication de faits tendancieux faite en vue de recueillir des souscriptions. (V. N° 278).

En effet, ce dernier délit se commet et est sanctionné à l'occasion du placement d'actions, d'obligations ou de bons de caisse. Il s'agit donc en quelque sorte d'une vente et le vendeur est excusable s'il emploie, non point des procédés malhonnêtes, mais des arguments un peu forcés. Par contre, dans la matière qui nous occupe, il s'agit de faire abandonner à des personnes un droit acquis, une prérogative que le législateur de 1935 a pris sous sa protection spéciale.

Nous estimons, par conséquent, que le rapport des administrateurs doit être objectif et circonspect, dénué de toute formule redondante et de toute affirmation tendancieuse et que les commissaires auront à relever toute indication relative aux bases d'estimation du taux d'émission susceptible de créer des malentendus ou des confusions et d'induire les actionnaires en erreur.

Cela ne veut point dire que les commissaires doivent procéder avec la dernière rigueur; M. Masson (N° 222) dit très judicieusement : « Ce que la loi demande aux commissaires, c'est une appréciation raisonnée de la légitimité du taux d'émission à l'aide des éléments d'appréciation usuels et notamment de ceux que le conseil aura exprimés dans son rapport, et c'est pourquoi la loi emploie le mot « paraissent » étant donné qu'il s'agit d'une appréciation raisonnée, dont le fondement est dans le bon sens tout autant que dans la mathématique ».

**483.** — C. — En troisième lieu il faut examiner la portée du mot « sciemment ». Nous sommes en présence de l'élément de mauvaise foi exigé pour les délits intentionnels. Si la mauvaise foi du commissaire est nécessaire, par contre le but dans lequel il agit importe fort peu et il n'est pas nécessaire qu'il soit personnellement intéressé au succès de la malhonnêteté à laquelle

il se prête. Le seul fait de donner des indications inexactes en les sachant telles suffit à motiver la poursuite.

Il n'est même pas besoin d'après nous qu'il ait voulu tromper les actionnaires, car il a pu agir par paresse plutôt que par intention répréhensible à leur égard, en confirmant des choses qu'il n'a pas vérifiées d'une façon approfondie, tout en ayant aperçu le caractère fallacieux des informations données par les administrateurs.

**484.** — Par contre, si le commissaire confirme après avoir procédé à la vérification nécessaire, mais sans s'être aperçu d'une tromperie habile des administrateurs, il ne pourra être poursuivi, puisque la mauvaise foi indispensable à la perpétration du délit n'existera pas. Ainsi que MM. Dolbeau et Cantenot (N<sup>o</sup> 181) le disent très justement, il n'y a pas corrélation obligatoire entre le délit que peuvent commettre les administrateurs et celui qui peut être relevé à la charge des commissaires.

**485.** — *D.* — Le quatrième et dernier élément indispensable pour la perpétration du délit sanctionné par l'art. 11 est la corrélation entre l'information inexacte et les bases sur lesquelles le taux d'émission a été déterminé. Nous estimons en effet que toute confirmation frauduleuse qui porte sur une autre information n'est plus régie par le décret-loi du 30 octobre 1935 dont nous nous occupons ici, mais par la loi sur les sociétés ou le droit commun. Nous nous basons, pour pouvoir l'affirmer, sur le texte même du décret du 30 octobre 1935, lequel, par son article 11, réserve la sanction pénale aux seules indications inexactes dans les rapports prévus aux art. 6 et 7. L'article 6 concerne les administrateurs; l'art. 7 par contre nous intéresse directement ici, parce que c'est lui qui limite la mission du commissaire à un simple rapport dans lequel il doit indiquer, nous l'avons déjà vu (V. N<sup>o</sup> 473), si les bases de calcul retenues dans le rapport des administrateurs pour déterminer le taux



d'émission lui paraissent exactes et sincères. Si le commissaire donne par exemple son appréciation sur l'opportunité de l'augmentation du capital proposée, il sort dangereusement de son rôle pour empiéter sur une question de pure gérance.

**486.** — Faut-il en conclure qu'il doit garder le silence vis-à-vis d'affirmations mensongères du conseil qui sont en dehors de la sphère de calcul du taux d'émission ? Question fort délicate, en apparence. Mais en gardant le silence, il facilitera la réussite de l'opération en vue de laquelle les administrateurs croient devoir employer des procédés frauduleux et il deviendra coupable de complicité. Il aura donc le devoir d'intervenir pour rectifier les affirmations fausses de quelque nature qu'elles soient, contenues dans le rapport des administrateurs, cela non en vertu de l'art. 7 du décret-loi du 30 octobre 1935, mais par application des règles générales sur la complicité.

Et quoi décider si le rapport des administrateurs fait intentionnellement abstraction d'un élément important de la base de calcul du taux d'émission qui, au lieu d'être du domaine des chiffres et de la comptabilité, est plutôt du domaine commercial, comme p. ex. l'existence de marchés intéressants pour la société, lui assurant une prospérité certaine pour quelques années à venir ? Dans ce cas, le rapport trop laconique du conseil et les calculs établis ne sauront pas être considérés comme inexacts dans le sens mathématique du terme. Mais l'art. 7 a fort opportunément ajouté au mot « exactes » le mot « sincères ». Le commissaire devra donc relever l'astuce du conseil.

**487.** — En conséquence, le rôle du commissaire est excessivement délicat ; il doit à coup sûr vérifier d'une façon approfondie les bases de calcul retenues par le conseil d'administration pour dire si ces bases lui paraissent exactes et sincères ; il n'aura pas à donner son avis sur les autres questions soulevées dans le rapport du conseil ou à faire un travail de

contrôle quelconque à ce sujet. Toutefois, si le conseil, par de fausses affirmations ou par une réticence, tend à induire l'assemblée en erreur, le commissaire qui s'en est rendu compte sans recherche ou vérification spéciale a le devoir d'intervenir pour échapper au délit de complicité.

**488.** — § 3. — Une question importante est soulevée par le problème de la prescription. Quel est son point de départ ? En autres termes, est-ce que le délit est consommé le jour de l'assemblée générale ou le jour du dépôt du rapport par le commissaire ?

Dans le premier cas, faut-il que l'assemblée ait réellement décidé l'augmentation du capital sur la base des rapports inexacts ou le délit est-il consommé même si l'assemblée repousse pour une autre raison l'augmentation de capital proposée ?

Dans le deuxième cas, il faut se demander à quelle date le dépôt du rapport doit avoir lieu, étant donné que la loi est complètement muette quant au rapport du commissaire, et qu'elle exige seulement des administrateurs un rapport préalable à l'assemblée générale.

**489.** — Nous estimons avec M. Tchernoff (suppl. N° 9) que le délit est consommé à partir du moment où les indications inexactes sont consignées par le dépôt du rapport du commissaire sur le bureau de la société et avant même que les renseignements mensongers ainsi fournis aient entraîné la résolution d'une assemblée générale. (Contra MM. Constantin et Gautrat, N° 369). Nous nous basons, pour le soutenir, sur le raisonnement déjà exposé à l'occasion de l'examen d'une question analogue relative au délit d'informations mensongères (V. N° 392) et au délit de présentation d'un bilan inexact (V. N° 445). La fixation du jour de ce dépôt est une question de pure matérialité des faits, aucun délai pour le dépôt préalable n'étant prescrit par la loi.

**490.** — Signalons à cette occasion que le décret-loi du 30 octobre 1935 est également muet sur la question de la tentative : cette dernière n'est donc pas punissable. Il est vrai que l'hypothèse d'une tentative de la part du commissaire n'est pas facile à réaliser si l'on accepte avec nous la théorie de la consommation du délit le jour même du dépôt du rapport. Il faut déjà envisager le cas signalé plus haut (V. N<sup>o</sup> 480) d'un commissaire qui n'a pas fait de rapport et qui, en assistant à l'assemblée, essaye de confirmer ainsi tacitement les fausses indications données par les administrateurs. On pourra soutenir alors qu'il y a tentative tant que l'assemblée générale, entraînée par le faux rapport des administrateurs, n'a pas voté l'augmentation du capital proposé.

**491.** — Disons également encore quelques mots au sujet de la peine (V. aussi N<sup>o</sup> 245). Bien qu'il s'agisse d'un délit requérant expressément la mauvaise foi de l'inculpé, elle peut être considérée comme excessive. MM. Dolbeau et Cantenot (N<sup>o</sup> 175) font très judicieusement remarquer « qu'aucune disposition du décret n'écarter les majorations que les amendes subissent actuellement du fait des lois en vigueur, majorations qui porteront le maximum de l'amende à 1.000.000 environ. Que restera-t-il pour les parties civiles qui seront jointes à la poursuite du ministère public et qui obtiendront, théoriquement, la réparation du préjudice que leur aura causé la violation commise ? ». Nous aurions préféré, pour notre part, une amende beaucoup moins élevée, assortie toutefois d'une peine de prison obligatoire de durée moyenne. Aussi faut-il espérer que les juges sauront faire, surtout dans l'intérêt des victimes, une application judicieuse des circonstances atténuantes de l'article 463 du Code pénal.

**492.** — Pour être complet, il nous reste à mentionner une dernière question. L'art. 9 du décret-loi du 30 octobre 1935 est ainsi conçu : « Toute violation des dispositions contenues aux

*articles 1 et 4 inclus du présent décret est punie d'une amende de 1.000 à 10.000 francs », et l'art. 10 du même décret ajoute : « Sont punis, en outre, d'un emprisonnement de un à cinq ans ceux qui ont commis cette violation frauduleusement, en vue de priver les actionnaires ou certains d'entre eux d'une part de leurs droits dans le patrimoine de la société ». Il faut se rappeler que les prescriptions relatives au rapport spécial des administrateurs et du commissaire se trouvent dans les articles 6 et 7 dudit décret : par conséquent, la peine spéciale d'emprisonnement prévue dans l'art. 10 leur est complètement étrangère, étant donné que cet article se réfère à travers l'art. 9 exclusivement aux prescriptions des articles 1 à 3 du décret. Or ces derniers établissent le principe même du droit préférentiel des anciens actionnaires et le fonctionnement de l'exercice normal de ce droit ; ils ne concernent en aucune manière le commissaire aux comptes et n'entraînent ni sa responsabilité civile ni sa responsabilité pénale, soit comme auteur principal du délit, soit comme complice.*





## TITRE QUATRIÈME

### L'action en responsabilité

---

493. — Les commissaires aux comptes des sociétés anonymes, nous l'avons vu, peuvent être responsables à l'égard de deux classes de personnes : les associés formant société et les tiers. Cette responsabilité trouve sa consécration pratique dans l'action en responsabilité qui peut être intentée par les associés, la société ou les tiers selon les conditions que nous aurons à étudier dans le présent titre quatrième de l'ouvrage.

Il est naturel que nous trouvions la même distinction dans la mise en action de la responsabilité que celle que nous avons rencontrée dans l'étude de la responsabilité elle-même, à savoir l'action basée sur la responsabilité contractuelle d'une part et l'action basée sur la responsabilité délictuelle d'autre part. En effet, mandataire des associés, les commissaires peuvent être atteints par l'action du mandat, car toute faute dans l'exécution d'un mandat expose le mandataire à cette action; c'est l'application de l'art. 1992 du Code civil qui consacre l'action *mandati*.

Mais le commissaire est également tenu de réparer tout préjudice qu'il cause par sa faute ou sa négligence à toute personne, conformément au principe général d'équité formulé par l'art. 1382 du Code civil. Les victimes du préjudice disposent alors d'une action *ex delicto* pour obtenir réparation du préjudice causé.

L'étude du fondement, des caractères et des conditions d'exer-

cice de ces actions est une des questions les plus délicates de la matière des sociétés. Elle est devenue particulièrement difficile par suite de la substitution à la notion simple d'action *ad mandati* et d'action *ex delicto* d'une notion beaucoup plus vague d'action sociale et d'action individuelle, faite par la loi, la doctrine et la jurisprudence. De cette substitution résultent des divergences nombreuses que nous essayerons dans le premier chapitre de clarifier en étudiant le fondement des actions en responsabilité.

## CHAPITRE PREMIER

## Fondement des actions en responsabilité

**494.** — Nous venons de dire que la loi, la doctrine et la jurisprudence ont axé leur manière de voir en matière d'action en responsabilité des organes d'exécution et de contrôle des sociétés anonymes, sur la distinction entre l'action sociale et l'action individuelle. Quel est le critérium de la distinction de ces deux actions ? Telle est, selon nous, la question fondamentale, car de l'imprécision dans la distinction, de l'absence d'un critérium absolu sont nées les divergences de vue et les difficultés d'application de notre matière.

**495.** — D'éminents auteurs et une nombreuse jurisprudence (1) adoptent comme critérium une simple question de fait : l'action est sociale si elle tend à réparer un préjudice causé à l'universalité des associés; elle est individuelle, si elle tend à la réparation d'un préjudice causé à un ou plusieurs des associés. Cette opinion est nettement résumée par M. Rousseau (N<sup>o</sup> 2665) qui dit : « L'action sociale est celle qui intéresse la société ou l'universalité de ses membres. Elle découle d'un fait ou d'une faute qui lèse les intérêts collectifs des actionnaires; cette action a pour but la reconstitution du fonds social dans l'intérêt de tous les actionnaires. L'action individuelle est celle qui, au contraire, par la diversité de sa cause et du but poursuivi, intéresse un, plusieurs ou même la totalité des associés, pris non plus collectivement, mais personnellement et séparément ». D'après cette opinion, la nature de l'action dépend

---

(1) M. Rousseau (N<sup>o</sup> 2665); MM. Lyon-Caen et Renault (N<sup>o</sup> 827); M. Floucaud-Pénarille (N<sup>o</sup> 876).



donc du nombre des parties intéressées et de l'étendue du préjudice causé. On ne prend en considération que le but de l'action, le résultat recherché.

496. — Cette manière de distinction ne nous satisfait pas, car il doit y avoir autre chose qu'une question de fait ; il doit y avoir autre chose que de rechercher si le préjudice a été commun ou particulier, général ou spécial. Pour trouver un critérium plus juridique que celui-ci, il suffit de remonter à la cause qui engendre la responsabilité du commissaire et d'établir si la responsabilité résulte d'une violation du pacte social ou non. Nous savons, en effet, que la société qui comprend tous les associés forme une personne morale, un être juridique. C'est envers les actionnaires formant société que le commissaire aux comptes s'est engagé à surveiller et à contrôler dans la limite de son mandat. Et c'est pourquoi, lorsque cet engagement est violé, le commissaire est tenu d'une action sociale. C'est pourquoi aussi la collectivité aura le droit de disposer de cette action sociale ; elle en est maîtresse, elle pourra y renoncer purement et simplement ou en transigeant. Mais si, au lieu de constituer une violation du pacte social, les actes des commissaires donnent naissance à une responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle, l'action en dommages-intérêts qui en résultera sera toujours une action individuelle, même lorsque le préjudice atteindra tous les actionnaires. Contrairement à l'opinion citée plus haut, nous admettons que le critérium des actions réside uniquement dans leur cause, c'est-à-dire dans le fait juridique qui forme le fondement direct et immédiat du droit qu'une partie veut faire reconnaître en justice.

Le critérium de l'action sociale réside donc dans la violation des obligations nées du contrat de mandat ; le critérium de l'action individuelle réside dans les fautes délictuelles ou quasi délictuelles.

497. — Comme on le voit, cette théorie est des plus juridiques et des plus nettes. Elle est d'ailleurs partagée par une partie de la jurisprudence et de la doctrine. Aussi MM. Houpin et Bosvieux s'expriment en ces termes (1) : « L'action sociale appartient, à titre égal, à tous les associés et dérive du mandat conféré. C'est l'action *mandati* consacrée par l'art. 1992 du Code civil. Elle a pour objet la réparation d'un préjudice causé à la société elle-même. L'action individuelle est basée sur une faute qui aurait porté préjudice, soit à quelques actionnaires seulement, soit à tous, et qui serait assez grave pour constituer un quasi-délit dans les termes des art. 1382 et 1383 du Code civil ».

L'opinion de M. Vavasseur (t. I, p. 743) mérite d'être citée spécialement. Il s'exprime dans ces termes : « L'action sociale qui appartient à tous les membres de la société dérive du mandat légal ou conventionnel. C'est l'action *mandati* consacrée par l'art. 1992 du Code civil et qui permet d'atteindre la responsabilité des mandataires. L'action individuelle est basée sur une faute qui aurait porté préjudice, soit à quelques actionnaires seulement, soit à tous et qui serait assez grave pour constituer un délit ou un quasi-délit suivant les termes des articles 1382 et 1383 du Code civil ». Jusque là, l'opinion des deux auteurs est absolument pareille et on peut remarquer même la similitude des termes.

Mais M. Vavasseur continue ensuite en renversant complètement les bons principes de distinction établis. « Du reste, si le délit ou quasi-délit avait porté préjudice à la société elle-même, tous les actionnaires ayant un intérêt égal ou identique à en demander la réparation, l'action qui leur serait ouverte serait une action véritablement sociale comme celle tirée du mandat ». En subordonnant ainsi la nature de l'action à l'étendue et l'uniformité du préjudice, l'éminent auteur abandonne le critérium basé exclusivement sur la cause de l'action pour retenir la notion antijuridique du préjudice réparable. Il se

---

(1) T. 2, N° 1366.

met en contradiction flagrante avec la définition qu'il donne tout d'abord lui-même des actions sociales et individuelles. Le quasi-délit du commissaire qui cause un préjudice à la société elle-même, à l'universalité des associés, ne cesse pas pour cela d'être un quasi-délit. Le fait qu'il cause un préjudice uniforme ne change pas non plus la nature de cette faute quasi délictuelle. La nature de l'action qui en découle ne doit pas en être davantage modifiée. Ces questions de fait ne doivent avoir qu'une influence, étendre ou restreindre le nombre de personnes qui doivent ou peuvent intervenir dans le procès et le quantum des dommages à réclamer par chacun.

**498.** — Parmi les auteurs récents qui ont étudié plus spécialement la question de la responsabilité des commissaires aux comptes, l'opinion de M. Lisbonne (V. N° 231) mérite d'être retenue ici. « Nous écartons, dit cet excellent auteur, le critérium délit contrat, car si une faute contractuelle ne peut servir de base à l'action individuelle, une faute délictuelle peut servir de fondement à l'action sociale... Nous proposons de nommer action sociale l'action qui intéresse la société, la communauté des actionnaires pris en tant que tels, et action individuelle celle qui n'intéresse celui qui l'intente qu'au point de vue pécuniaire et nullement au point de vue sociétaire... C'est la communauté d'intérêts, non point des actionnaires entre eux, prise parfois cependant comme critérium, mais celle des actionnaires et de la société qui donne le caractère social à une action judiciaire ».

**499.** — Malgré l'autorité et la science des auteurs ayant exprimé un avis contraire au nôtre, nous préférons notre critérium parce qu'il se rapporte à la cause des actions et non pas à l'étendue plus ou moins grande du préjudice causé et parce qu'il a, par là, un fondement juridique bien supérieur.

**500.** — Mais il se peut qu'un fait constitue à la fois une faute

contractuelle entraînant la responsabilité *mandati* vis-à-vis de la société et une violation de la loi qui ouvre l'action *ex delicto* aux associés individuellement envisagés ainsi qu'aux tiers. La difficulté de la distinction de ces faits complexes est souvent fort grande. M. Boistel (1) propose le critérium suivant : « On n'aura qu'à se demander : la règle qui a été méconnue aurait-elle pu être supprimée conventionnellement lors du contrat, ou bien est-elle, au contraire, de celles auxquelles la volonté des parties n'aurait pas pu déroger ? Dans le premier cas, la violation constituera seulement une faute contractuelle ; dans le second cas, elle devra être taxée de faute délictuelle, sans perdre nécessairement pour cela son caractère de faute contractuelle à l'égard de la société ». La solution proposée par M. Boistel constitue sinon un passe-partout pour résoudre toutes les difficultés, au moins un moyen pratique fort souvent suffisant pour faire la distinction entre action sociale et action individuelle. Et cette distinction a un intérêt pratique à plusieurs points de vue.

**501.** — Tout d'abord, la question de la compétence *ratione loci* ne trouve pas une solution identique comme nous le verrons plus loin (V. N° 583). Disons cependant dès maintenant que la compétence territoriale sera déterminée pour l'action sociale par l'art. 59 C. proc. civ., lequel déclare seul compétent « en matière de société » le tribunal du principal établissement. Par contre, l'action individuelle en responsabilité, basée sur un délit ou quasi-délit, n'est plus une contestation sociale, mais la mise en jeu d'une responsabilité basée sur un principe de droit commun, et la compétence territoriale est alors celle du domicile du défendeur.

Ensuite la question de la preuve à faire par le demandeur est régie par des règles différentes, conformément aux grands principes de la preuve en matière contractuelle et en matière délictuelle. Avouons cependant que l'intérêt de cette question est

---

(1) Note Daloz, 94.I.466.



plutôt théorique que pratique en ce qui concerne la responsabilité des commissaires, comme nous l'avons déjà dit plus haut (V. N° 22).

Par contre, l'intérêt de la distinction est considérable en matière de prescription depuis que la réforme du 31 août 1937, que nous aurons à étudier plus loin (V. N° 602), a réduit la prescription de l'action sociale en responsabilité de trois ans à un an, tout en laissant en vigueur le droit commun en ce qui concerne la prescription de l'action individuelle, qui est exprimé par l'art. 2262 du Code civil instituant la prescription trentenaire (V. N° 601).

La même réforme de 1937 a par contre supprimé un des principaux intérêts de la distinction que nous étudions. En effet, en prohibant et en déclarant nul tout quitus donné par l'assemblée (V. N° 530) ou toute clause d'autorisation ou d'avis insérée dans les statuts (V. Nos 524 et 527), le décret-loi du 31 août 1937 a levé l'obstacle principal qui s'opposait au libre exercice de l'action sociale. Dorénavant, elle s'exerce sans aucune entrave et librement, comme l'action délictuelle.

Mais seule l'action sociale peut être exercée par un groupement de plaignants qui peuvent faire plaider par un seul d'entre eux ou un mandataire *ad hoc*, conformément à la faveur qui est accordée par l'art. 17 de la loi du 24 juillet 1867 que nous étudierons plus loin. Rien n'empêche non plus, il est vrai, les plaignants de se grouper sur la base d'une action délictuelle ; mais ils doivent figurer en nom dans toute la procédure et recevoir individuellement les assignations, ce qui crée des complications de procédure et des frais.

Ensuite, et selon nous (V. Nos 508 et 537), l'action sociale passe entièrement dans les mains du syndic en cas de faillite ou de liquidation en vertu de l'art. 443 du Code de commerce. Les actionnaires, groupés ou non, en sont dessaisis. Par contre, la faillite laisse intacts les droits des actionnaires aussi bien que des tiers lorsqu'ils résultent d'une faute délictuelle ou quasi-délictuelle des organes de la société en faillite, et l'action en

reconnaissance de ces droits et en réparation du préjudice causé peut être intentée librement par les victimes.

Citons finalement la recevabilité de deux actions simultanées, à savoir d'une action sociale et d'une action individuelle, dont la première est introduite p. ex. par la société et la deuxième par un actionnaire. Un fait complexe peut ainsi devenir la base de deux actions contre la même personne à la suite des mêmes fautes, l'une de ces actions étant basée sur la violation des règles du mandat et l'autre sur la violation des articles 1382 et 1383.

Ainsi nous sommes obligés de reconnaître que l'étude qui nous permet de faire une distinction entre l'action sociale et l'action individuelle n'est pas uniquement une spéculation juridique sans intérêt, mais que les problèmes traités présentent un aspect de réalité pratique qui justifie les quelques pages que nous lui consacrons.

## CHAPITRE DEUXIEME

## L'action sociale ou de mandat

**502.** — L'action sociale peut être mise en mouvement par cinq catégories de personnes : 1° par la société elle-même, *ut universi*, au moyen de ses représentants; 2° par un groupe d'actionnaires remplissant les conditions de l'art. 17 de la loi du 24 juillet 1867; 3° par chaque actionnaire isolément *ut singuli* (controversé); 4° par des actionnaires réunis en société civile; 5° par des créanciers agissant au nom des actionnaires en vertu de l'art. 1166 du Code civil.

En examinant successivement chacun de ces cas, nous distinguerons trois hypothèses, suivant que la société est *in bonis*, ou bien en liquidation sociale à la suite d'une décision de dissolution, ou bien en faillite ou liquidation judiciaire.

SECTION PREMIÈRE. — ACTION SOCIALE EXERCÉE  
PAR LA SOCIÉTÉ ELLE-MÊME

**503.** — L'action sociale étant la poursuite intentée en vue de la réparation d'un préjudice causé par suite d'une faute contractuelle commise dans l'exécution du mandat de censariat, l'exercice normal de l'action appartient au mandant, c'est-à-dire à la société elle-même. Aucune difficulté ne peut se présenter sur le principe de cette action qualifiée en jurisprudence d'action exercée *ut universi*.

**504.** — Si la société est *in bonis*, c'est-à-dire si elle fonctionne normalement, l'assemblée générale est maîtresse de l'action ; elle en dispose soit pour l'exercer, soit pour l'éteindre

par un quitus ou une transaction. Pour la mise en exercice et la soutenance de l'action, l'assemblée est libre d'en charger le conseil d'administration ou un mandataire *ad hoc* qui peut être choisi même parmi les tiers.

**505.** — En vertu de ce qui précède, nous estimons par ailleurs que le conseil d'administration n'a pas le pouvoir d'introduire lui-même l'action sociale contre le commissaire, sans en avoir été chargé spécialement par une décision de l'assemblée générale. En effet, le commissaire aux comptes ne relève que de l'assemblée générale ; il est nommé par elle, il exerce son mandat pour elle et doit lui rendre compte directement. En matière d'action sociale, qui est une action *mandati*, le conseil d'administration n'a aucun pouvoir propre, n'étant lui-même que mandataire pour assurer la gestion de la société. Tout au plus pourra-t-il provoquer des mesures conservatoires en matière de preuve contre le commissaire coupable, avec l'assentiment du juge des référés.

**506.** — Faisons encore remarquer que, si la faute reprochée au commissaire est susceptible d'entraîner à la fois sa responsabilité contractuelle et sa responsabilité délictuelle, la société elle-même ne saurait agir que par l'action sociale en vertu des grands principes de jurisprudence en matière de concours de responsabilités.

**507.** — Si la société est en liquidation à la suite d'une décision de dissolution, rappelons qu'elle conserve encore sa personnalité morale tant activement que passivement pour les besoins et jusqu'à l'issue de la liquidation. Pas de difficultés pour la désignation du représentant de la société ; c'est obligatoirement le liquidateur social qui seul peut ester en justice au nom de l'être moral qu'est la société et a l'exercice de l'action social dans les mêmes conditions que la société elle-même, *ut universi*.



**508.** — Si la société est en faillite ou en liquidation judiciaire, les actions qui lui appartenaient tant qu'elle était *in bonis* deviennent l'attribution du syndic. Il a donc seul l'exercice de l'action *ut universi* ; il l'exerce ou y renonce par quitus ou transaction, l'assemblée générale des actionnaires étant complètement supprimée et dessaisie au profit du syndic.

SECTION DEUXIÈME. — ACTION SOCIALE EXERCÉE  
PAR UN GROUPEMENT D'ACTIONNAIRES  
EN VERTU DE L'ARTICLE 17 DE LA LOI DE 1867

**509.** — § 1. — A) Quand la société fonctionne normalement, l'exercice de l'action sociale appartient en principe à l'assemblée générale, nous l'avons vu, et celle-ci peut en disposer librement à son gré. Elle est donc maîtresse de l'action et elle décidera librement s'il faut intenter ou non une demande en responsabilité contre les commissaires aussi bien que contre les administrateurs coupables. Mais ce système, juridiquement irréprochable, se montra rapidement insuffisant et dangereux en n'assurant trop souvent qu'une protection illusoire des actionnaires contre les fautes et dol de certains conseils d'administration. Il ne faut pas oublier, en effet, que les administrateurs sont fort souvent les maîtres des assemblées, soit en possédant, dans des sociétés de moyenne ou faible importance, réellement plus que la moitié du capital, soit en créant une majorité de vote en leur faveur en se laissant donner des procurations en blanc et grâce à la désertion des assemblées par les actionnaires. Les administrateurs devenaient ainsi à la fois demandeurs et juges et les intérêts des actionnaires, surtout ceux de la minorité, étaient ainsi sacrifiés irrévocablement.

Telle fut la solution de droit sous l'empire du Code de commerce, et les abus furent nombreux. On chercha à y remédier par diverses lois. Déjà en 1838, un projet de loi posait le principe de la représentation des actionnaires et d'une action de

la minorité contre les organes de la société par représentation juridique. Ce principe fut reproduit par l'art. 14 de la loi du 17 juillet 1856.

**510.** — Le législateur de 1867 s'inspira assurément de cette disposition, lorsqu'il fit l'article 17 de la loi du 24 juillet 1867. Cet article est rédigé de la façon suivante en ce qui concerne la question étudiée en ce moment : « *Des actionnaires représentant le vingtième au moins du capital social peuvent, dans un intérêt commun, charger à leurs frais un ou plusieurs mandataires de soutenir, tant en demandant qu'en défendant, une action contre les gérants ou contre les membres du conseil de surveillance, et de les représenter, en ce cas, en justice* ». Ce texte concerne au même titre les administrateurs et les commissaires aux comptes, étant donné le renvoi fait par l'art. 39 de la loi : « *L'article 17 est applicable aux sociétés anonymes* ».

**511.** — Quel est le sens de ces dispositions législatives et quelle est la portée du droit qu'elles consacrent ? Nous le savons déjà : permettre à une minorité d'actionnaires de faire plaider en justice par représentation juridique. Or il faut se rappeler que le principe de la représentation en justice dont parle cet article 17 est une dérogation à la maxime que « nul ne plaide en France par procureur ». Cette maxime, vieille comme la monarchie française, se confondit pendant de longues années dans la règle générale qu'on ne pouvait se faire représenter d'aucune façon en justice. Voilà l'unique signification du passage cité de l'article 17 selon l'unanimité de la doctrine.

Cependant, seul parmi tous les auteurs, nous lui attribuons encore une autre importance, plus fondamentale que celle de la représentation juridique.

**512.** — Nous estimons que, sans l'art. 17, les actionnaires ne seraient admis ni collectivement, ni individuellement à poursuivre les administrateurs ou les commissaires au moyen de

l'action sociale. Cette action, nous l'avons vu, est une action *mandati*. Le mandat lie le commissaire à la société, représentée par l'assemblée générale, et non à chaque actionnaire individuellement. C'est donc à la société seule qu'il doit rendre compte et non à chaque actionnaire au cours d'un procès que ce dernier lui intente, peut-être même abusivement.

Ceci est d'autant plus vrai qu'en matière de société anonyme l'*intuitu personae* n'existe pas dans la formation du contrat et que le lien contractuel direct entre le commissaire et l'actionnaire qui vient d'acquérir un titre au porteur sous le couvert de l'anonymat le plus complet est fort difficile à justifier. A notre avis les droits de l'actionnaire n'existent qu'à travers la personne morale de la société qui est une fiction, certes, mais une fiction de réalité juridique.

Or, contre ce droit normal, l'art. 17 intervient. Il ne veut pas que les minorités soient irrévocablement sacrifiées par une décision de la majorité, prêtant à des abus et conduisant fort souvent, comme nous l'avons vu plus haut, à l'irresponsabilité pratique des organes de la société. L'art. 17 habilite les minorités à faire valoir l'action sociale et leur facilite la procédure, en leur permettant la représentation juridique par un mandataire. Mais ce faisant, l'art. 17 leur impose des conditions strictes, qui doivent être interprétées restrictivement, étant donné qu'il constitue une dérogation au droit commun. Examinons-les successivement.

513. — Il faut d'abord que les actionnaires mandants représentent le vingtième au moins du capital social. Nous estimons que cette disposition de la loi de 1867, bien que moins large que celle de 1856 qui n'exigeait aucun pourcentage minimum de participation dans le capital social, est suffisante pour permettre la formation du groupe d'actionnaires. On peut penser, bien au contraire, que l'exigence de la possession de 5 % seulement du capital social est vraiment modeste, car s'il s'agit de sauvegarder les droits de la minorité, il ne faut pas non plus ouvrir

la porte trop largement à des procès-poussières qui pourront être engagés dans l'aveuglement ou par esprit de chicane sinon de malveillance.

Précisons encore que l'art. 17 ne parlant que des actionnaires, on ne saurait en étendre la faveur aux obligataires.

**514.** — Il faut ensuite qu'il y ait pluralité d'actionnaires ; le texte même et le but de l'art. 17 l'exigent. Un seul actionnaire possédant le vingtième du capital social ne pourrait donc pas agir par mandataire, mais deux actionnaires peuvent user de cette faculté.

**515.** — Il faut également que les actionnaires agissent dans un intérêt commun, qui doit être social, car, et nous le verrons encore plus loin, il s'agit bien de l'action sociale exercée par un groupe d'actionnaires en leur nom et en raison du préjudice qu'ils ont subi.

Nous ne partageons donc point l'avis d'une partie de la doctrine et de la jurisprudence, qui admet que par intérêt commun il faut entendre « tout intérêt commun aux actionnaires syndiqués », pourvu que tous les actionnaires fassent valoir des droits de même nature et fondés sur les mêmes causes, peu importe que cet intérêt commun soit étranger aux intérêts sociaux. Nous estimons au contraire que l'art. 17 s'interprète restrictivement comme toute dérogation au droit commun et qu'il ne concerne que l'action sociale. (V. à ce sujet *infra* N<sup>o</sup> 534 et svts).

**516.** — A côté de ces conditions d'exercice de l'action clairement imposées par le texte même de l'art. 17, quelques autres questions au sujet de cette action ont été soulevées. On s'est demandé, p. ex., s'il faut que l'actionnaire poursuivant au moyen du groupement légal reste en possession de ses titres durant toute la procédure, ou si l'action se transmet avec le titre à l'acheteur. On peut soutenir qu'en effet, en aliénant son



titre, l'actionnaire aliène tous les droits qui y sont attachés ; au surplus, il s'agit de l'action sociale qui ne peut appartenir qu'à un associé.

Nous ne partageons point cette manière de voir. Certes, il faut être actionnaire au moment où le groupement se forme et où il charge à ses frais un mandataire d'engager et de soutenir le procès; le texte de la loi, en parlant « des actionnaires », est formel. Nous estimons ensuite que l'actionnaire plaignant a dû être actionnaire au moment où les faits reprochés au commissaire se sont produits ou tout au moins où ils ont produit leur effet, pour qu'il puisse y avoir relation de cause à effet entre le fait préjudiciable et le préjudice subi.

Mais le procès engagé, nous ne voyons nullement la nécessité pour l'actionnaire de bloquer ses titres et il peut les aliéner sans perdre par là le droit à réparation d'un préjudice subi dans sa qualité d'ancien actionnaire et sans transmettre le droit à indemnité à l'acheteur du titre qui, lui, n'avait subi aucun dommage.

D'ailleurs, si les titres sont au porteur, il y a impossibilité de fournir la preuve de leur possession au moment de l'accomplissement de la faute préjudiciable et la seule justification de cette possession au moment de la formation du groupement et de la désignation du mandataire est suffisante.

**517.** — Une autre question ayant avec celle-ci un certain parallélisme peut être posée également : est-il possible de poursuivre d'anciens commissaires aux comptes ou faut-il qu'ils soient encore en exercice ?

Il nous semble incontestable, bien qu'un jugement du trib. com. de la Seine du 23 déc. 1891 (1) exige que les mandataires attaqués soient encore en fonction, qu'un commissaire ne saurait échapper à l'action en responsabilité en donnant sa démission et que la responsabilité d'un mandataire survit à l'accomplissement du mandat pour ne tomber que par le jeu ordinaire

---

(1) J. S. 1892.231.

de la prescription. Les termes de l'art. 17 doivent donc forcément se comprendre extensivement en ce qui concerne la qualité actuelle ou passée du commissaire aux comptes.

518. — Mentionnons ensuite la nécessité dans laquelle se trouve l'actionnaire groupé, de faire plaider au nom du groupement et dans la mesure du seul préjudice que le groupement a supporté. Le groupement ne plaide donc pas pour la société elle-même et pour la totalité du préjudice, il ne représente que les intérêts de ses adhérents. Le texte de l'art. 17 est absolument formel à ce sujet : « Des actionnaires... peuvent charger... un mandataire... de les représenter... ».

519. — Il nous semble également, et ce contrairement à ce que certains auteurs ont soutenu, que les dommages-intérêts éventuellement obtenus doivent profiter uniquement au groupement et ne sont pas à verser dans la caisse sociale pour y recevoir l'affectation indiquée par l'assemblée générale susceptible de profiter éventuellement à l'ensemble des actionnaires ou même aux créanciers, si la société n'est plus *in bonis*. Une telle solution serait contraire à l'équité et contraire au sens même de l'art. 17 qui précise bien que seul le groupement est représenté dans la procédure et que cette dernière se fait aux frais exclusifs des actionnaires groupés.

520. — Il en résulte également qu'un autre groupement, ou tous les autres actionnaires, ou la société elle-même peuvent intenter une action similaire, sans qu'on puisse leur opposer l'exception de la chose jugée. Mais bien entendu, les actionnaires du premier groupement ne peuvent plus faire partie d'un second et la société ne peut plaider que pour le préjudice afférent aux actionnaires restants, car l'action *mandati* a été éteinte dans la proportion qui existe entre le montant des actions du groupement et le capital social.

521. — Après avoir ainsi étudié les conditions de l'action sociale par un groupement d'actionnaires habilité à l'intenter par l'article 17, nous devons nous demander quels sont les pouvoirs du mandataire chargé, selon les termes de la loi, de soutenir tant en demandant qu'en défendant l'action et de représenter les actionnaires groupés en justice. Précisons tout d'abord que le terme de mandataire employé par l'art. 17 est impropre. Il s'agit d'un véritable procureur qui se distingue nettement d'un mandataire *ad litem*. A la différence de ce dernier, le procureur choisi agit en son nom personnel en ce sens qu'il n'y a qu'un seul demandeur, pour si nombreux que soient les actionnaires représentés; dès lors, il n'y aura qu'une seule assignation donnée en son nom, et il paraîtra seul dans les actes de signification d'arrêts ou jugements. Les significations faites à chacun des actionnaires seraient frustratoires bien que non nulles. De plus, il n'y aura qu'un seul droit d'enregistrement à payer.

522. — Quant aux pouvoirs du mandataire procureur, ils sont fixés par l'assemblée du groupement qui le nomme. A défaut de pouvoir spécial, il ne peut faire que les actes de procédure ordinaire. Il ne peut donc ni transiger ni compromettre, ni acquiescer à la décision rendue contre le groupement, ni donner main levée de l'inscription d'hypothèque judiciaire qu'il a par contre le droit de requérir. Il serait prudent de renouveler les pouvoirs pour aller en appel ou pour se pourvoir en cassation.

523. — Si plusieurs mandataires-procureurs ont été nommés, chacun d'eux est tenu *in solidum* (car l'objet de leur mandat est indivisible) mais non de réparer solidairement le préjudice causé par leur faute ou leur négligence aux actionnaires mandants.

524. — Toute cette étude de l'art. 17 de la loi de 1867 nous a permis de tirer les conséquences juridiques d'un texte qui a

donné lieu à de nombreuses controverses et duquel nous aurons à nous occuper encore plus loin en étudiant l'action sociale exercée par l'actionnaire individuellement. Mais toutes les mesures de protection des minorités créées par cet article ont été fort souvent neutralisées par l'introduction, dans les statuts de beaucoup de sociétés anonymes, d'une clause spéciale, dite d'autorisation. Par cette clause les statuts subordonnent l'exercice de l'action sociale à une autorisation préalable de l'assemblée générale.

**525.** — Une telle clause est-elle valable ? La majorité de la doctrine et de la jurisprudence s'est prononcée en faveur de la validité de la clause d'autorisation (1). Pour soutenir cette opinion, la doctrine a avancé un motif d'ordre pratique et un motif d'ordre juridique. La clause d'autorisation, a-t-elle dit, a pour but d'affirmer la concentration de tout pouvoir social dans la majorité et de prévenir les difficultés, les dangers mêmes qui peuvent naître de la divergence des opinions; son utilité pratique est donc certaine. Par ailleurs, en entrant dans la société, les actionnaires ont adhéré à toutes les clauses des statuts et en ont fait leur loi commune; ils sont donc mal venus à refuser plus tard de s'y soumettre. Juridiquement, la clause est donc valable.

**526.** — Nous ne partageons pas cet avis. L'article 17 a créé un droit de protection des minorités; le législateur de 1867 n'a pas hésité à faire une dérogation à un des plus anciens principes du droit français en facilitant par l'autorisation de la représentation juridique du groupement des actionnaires par une seule personne, l'exercice de cette action de protection. Or, admettre la validité de la clause d'autorisation, c'est neutraliser purement et simplement dans les cas les plus indiqués la protection légale des minorités. C'est pour cette raison que nous estimons que l'art. 17 de la loi de 1867 est d'ordre public et que

---

(1) M. Vavas seur (N<sup>o</sup> 740) ; M. Houpin (N<sup>o</sup> 755) ; M. Rousseau (N<sup>o</sup> 2688).



les actionnaires n'ont pas pu adhérer, par leur participation à la société, à une clause contraire à l'ordre public, pas plus que cette clause ne peut être dressée valablement contre eux pour faire rejeter leur action. D'ailleurs, depuis le décret-loi du 31 août 1937 dont nous aurons à parler dans un instant, la question ne se pose plus, puisque ce décret-loi a radicalement prohibé la clause d'autorisation.

**527.** — Que penser de la clause connue sous le nom de « clause d'avis » contenue dans un grand nombre de statuts et par laquelle l'actionnaire est obligé, avant d'intenter contre les organes de la société une action sociale en responsabilité, de soumettre l'objet de sa demande à l'assemblée générale qui exprime un avis communicable au juge.

La validité d'une telle clause ne pouvait pas être mise en doute avant le décret-loi du 31 août 1937, car elle ne ferme pas la bouche de l'actionnaire qui garde son droit de plaider. Au contraire, nous estimons que la formalité préalable imposée par la clause d'avis est d'une grande utilité, car elle a pour but de permettre à la société de prendre les devants et de diriger l'action en responsabilité, si celle-ci lui paraît fondée ou, au contraire, de combattre, en quelque sorte, par un avis défavorable, la prétention de l'actionnaire si celle-ci lui paraît injustifiée.

Or, ne l'oublions pas, l'exercice de l'action sociale appartient normalement à la société et non point à un groupe d'actionnaires. Ce dernier ne doit agir que si la société elle-même s'en abstient. La clause d'avis nous semble être, par conséquent, une excellente mesure pour sauvegarder l'ordre normal des choses : action sociale exercée par la société et seulement au cas de carence de cette dernière par le groupement d'actionnaires. Par ailleurs, ne vaut-il pas mieux que les griefs soient portés devant l'assemblée générale avant de se trouver étalés devant les juges, afin de permettre d'entendre la défense et de procéder à une enquête sur leur bien-fondé dans le sein même de la société ?

Dans bien des cas alors, des plaintes trop intempestives seront réduites à leur juste mesure; d'autres, fondées, permettront à l'assemblée générale de prendre des mesures immédiates (destination des fautifs p. ex.) qui ne sauraient être ordonnées à la suite d'une instance devant les tribunaux que bien plus tard.

Nous nous déclarons donc partisan résolu de la clause dite d'avis et nous n'approuvons le décret du 31 août 1937 qu'à moitié, c'est-à-dire en ce qui concerne seulement la suppression de la clause d'autorisation, mais non en ce qui concerne celle de la clause d'avis.

**528.** — Citons le texte de ce décret-loi du 31 août 1937, rendu sur la proposition et le rapport de M. Lesaché (dont les travaux dans le sein du Sénat ont déjà été à la base de l'heureuse réforme d'août 1935) qui ajoute à l'*art. 17* de la loi du 24 juillet 1867 les dispositions suivantes : « *Est nulle et réputée non écrite toute clause des statuts ayant pour effet de subordonner l'exercice de cette action à l'avis préalable ou à l'autorisation de l'assemblée générale ou qui comporte par avance renonciation à l'exercice de ladite action* ». Notre exposé vient de préciser ce que nous pensons de ces nouvelles dispositions qui condamnent catégoriquement les clauses d'autorisation ou d'avis en matière d'action sociale en responsabilité.

**529.** — Le décret-loi de 1937 n'a d'ailleurs pas seulement visé les clauses d'autorisation ou d'avis, qui étaient certes les plus usuelles, mais dans le désir de protéger efficacement les actionnaires, il a entendu assurer le même traitement et infliger la même nullité à toute clause des statuts qui comporte par avance renonciation à l'exercice de la dite action.

Encore convient-il, toutefois, de ne pas exagérer la portée de la nouvelle disposition qui ne vise que les renonciations anticipées contenues dans une clause statutaire, mais qui laissent pleine liberté à tous les intéressés de passer des conventions de renonciation ou de transaction en dehors de toute disposition statutaire. (Conf. M. Solus N<sup>o</sup> 194).

**530.** — Le nouveau texte de l'art. 17 comporte par ailleurs encore une autre disposition, ajoutée par le décret-loi du 31 août 1937 à celle que nous venons de citer : « *Aucune décision de l'assemblée générale ne peut avoir pour effet d'éteindre une action en responsabilité contre les gérants (lire les administrateurs) ou contre les membres du conseil de surveillance (lire les commissaires) pour faute commise dans l'accomplissement de leur mandat* ». Par suite de cette disposition, l'octroi du quitus ou toute autre décision de l'assemblée générale, telle une transaction, est dorénavant sans aucune influence sur l'action sociale donnée à l'actionnaire.

**531.** — Nous aurons à étudier la question du quitus plus loin dans le chapitre sixième (V. N<sup>o</sup> 588) de ce titre. Mais disons dès maintenant que la nouvelle disposition est contraire aux principes juridiques, car, comme le fait si justement remarquer M. Solus (N<sup>o</sup> 195), dès l'instant que l'assemblée générale, seul organe délibérant de la société auquel administrateurs et commissaires doivent rendre compte, a couvert ces derniers ou a conclu un arrangement avec eux, l'action sociale est éteinte; en droit pur aucun actionnaire ne doit pouvoir la faire revivre en l'intentant individuellement.

**532.** — Aussi bien ne sont-ce pas des raisons juridiques pures qui ont inspiré le décret-loi en question, mais surtout des considérations d'ordre pratique, afin de rendre efficace la protection des minorités par l'art. 17 de la loi de 1867 et de garantir son application contre les manœuvres de certains administrateurs qui se rendent maîtres du vote de l'assemblée par suite de la pratique des pouvoirs en blanc envoyés par les actionnaires trop confiants. Quel crédit accorder à la décision d'une assemblée générale dans laquelle les administrateurs, détenteurs de la majorité, se votent à eux-mêmes leur propre quitus en s'absolvant ainsi eux-mêmes des fautes qu'ils ont pu commettre ?

C'est pour cela que nous approuvons entièrement cette dispo-

sition de la loi du 31 août 1937, car la protection des épargnants vaut bien une entorse aux principes rigides du droit pur.

Quoi qu'il en soit, le texte de la loi est formel : depuis le 31 août 1937 aucune clause statutaire d'autorisation ou d'avis, aucun vote de quitus ou de transaction d'une assemblée ne peuvent handicaper le droit d'un groupement d'actionnaires, opérant dans les conditions expliquées plus haut, à faire intervenir une action sociale en responsabilité envers les commissaires aux comptes.

**533.** — Cependant nous estimons, malgré l'apparence contraire du texte, que cette action n'est recevable qu'après la réunion de l'assemblée générale ordinaire à laquelle les administrateurs ou commissaires rendent compte de l'accomplissement de leur mission et dans laquelle les actionnaires ont eu l'occasion de présenter leurs observations et leurs griefs.

Bien entendu, une clause statutaire d'avis serait nulle et l'action pourrait être intentée même si l'assemblée n'avait pas donné un avis. Mais nous estimons que la prohibition de la clause d'avis ne peut pas avoir un effet extensif et que le texte de la loi du 31 août 1937 doit s'interpréter restrictivement. Elle ne peut notamment pas avoir pour effet de renverser les règles ordinaires et les principes du fonctionnement de la société anonyme. Or ces principes veulent, sans contestation possible, que les administrateurs et commissaires relèvent de l'assemblée générale et non des actionnaires individuellement pris ou formés en groupement. C'est l'assemblée générale qui est le véritable dépositaire de l'action sociale et l'art. 17 n'a créé qu'un droit exceptionnel en faveur d'une minorité qui ne peut s'exercer que si minorité il y a et en se substituant à l'assemblée générale défaillante. Etant donné que la loi ordonne la convocation annuelle d'une assemblée générale afin de délibérer sur les comptes, de manifester sa satisfaction ou son mécontentement, il n'est que juste qu'on suive l'ordre méthodique qu'elle recommande.



Nous estimons donc que les organes de l'administration et du contrôle ont le droit d'être traduits à la barre de la société en réunion close, avant de l'être à la barre du tribunal en audience publique. Engager le procès sur la plainte d'une minorité, puis saisir l'assemblée générale, c'est empêcher cette dernière de se porter demandeur pour la totalité du préjudice subi (V. N° 520) et c'est exposer ainsi des dépenses en pure perte.

Mais c'est avant tout intervertir singulièrement les rôles et méconnaître à la fois l'esprit de la charte fondamentale des sociétés de 1867 et la véritable portée de l'art. 17 de cette loi qui n'est qu'une mesure de protection de la minorité, permettant à cette dernière de sauvegarder ses droits dans le cas d'inactivité de la société dominée par le vote de la majorité.

C'est pour cela que nous déclarons recevable l'action sociale intentée sur la base de l'art. 17, seulement si l'assemblée générale elle-même ne l'a pas déclenchée et nous jugeons même utile que cette dernière ait été nettement saisie de la question et qu'elle ait été ainsi obligée de fixer son attitude négative.

En imposant aux actionnaires une attente jusqu'à la prochaine assemblée, nous ne leur retirons rien de leur droit de plaider en temps utile, puisque l'assemblée aura fatalement lieu dans les délais légaux. Et si, au milieu de l'exercice, ils apprennent qu'il se passe des faits graves nécessitant une mesure urgente, la marche régulière consistera à obtenir du conseil d'administration ou des commissaires une convocation immédiate de l'assemblée.

534. — C) Mais nous avons toujours parlé dans la présente section de l'art. 17 et de sa réforme par le décret-loi de 1937 comme s'il ne s'appliquait qu'à l'action sociale. Or, ceci n'est pas universellement admis. Bien entendu, son application simultanée à l'action individuelle ne changerait rien aux solutions préconisées. Mais il nous semble utile quand même de dire à cet endroit pour quelles raisons nous croyons que les passages étudiés dans cette section ne concernent que l'action sociale.

**535.** — Tout d'abord, nous invoquons le texte même de l'art. 17 qui commence par les mots : « Des actionnaires représentant le vingtième au moins du capital social... » Ces termes ne se justifient que s'il s'agit de l'action sociale, car pourquoi la loi devrait-elle exiger des tiers lésés qui veulent se grouper pour faire valoir une action *ex delicto* d'être actionnaires de la société en faisant dépendre l'exercice du droit commun que leur confèrent les art. 1382 et 1383, de la qualité d'actionnaires ? Mêler ainsi l'exercice de l'action en responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle à une question de pré-existence d'un lien contractuel serait à tel point anti-juridique, qu'on ne peut admettre que le législateur de 1867 ait voulu le faire.

**536.** — Ensuite les dispositions nouvelles de la loi du 31 août 1937 qui ajoutent à l'art. 17 les textes cités plus haut visant les clauses d'autorisation ou d'avis et le quitus donné par l'assemblée, ne peuvent juridiquement avoir trait qu'à l'action sociale, car l'action *ex delicto* ne pouvait tomber en aucun moment sous le coup des clauses d'autorisation ou d'avis; elle ne pouvait pas être davantage touchée par le quitus donné ou la transaction consentie en assemblée générale.

Il est donc certain que les dispositions de l'art. 17 étudiées jusqu'à présent ne concernent que l'action sociale. Il n'en est pas de même d'une autre disposition de cet article concernant l'exercice individuel d'une action par un actionnaire isolé, disposition qui sera l'objet de nos explications de la section suivante.

**537.** — § 2. — Avant d'aborder cette étude, il y a lieu d'envisager brièvement l'exercice de l'action sociale par le groupement des actionnaires prévu par l'art. 17 en cas de liquidation ou de faillite de la société.

Quant au cas de liquidation, il faut se rappeler que la société se survit à elle-même pour les besoins de la liquidation et que l'action sociale en responsabilité des administrateurs et des commissaires existe comme auparavant. Elle peut être exercée

par le groupement de l'art. 17 sous les mêmes conditions et restrictions, et avec les mêmes conséquences que lorsque la société est *in bonis*.

**538.** — § 3. — Par contre, si la société est en faillite ou liquidation judiciaire, l'assemblée générale ayant cessé de disposer du patrimoine actif et passif de la société, il appartient au syndic de faillite d'exercer l'action. Mais si le syndic refuse ou néglige d'engager la procédure ? La question est controversée.

Un premier système (1) décide qu'il y a lieu de maintenir les mêmes règles que celles qui sont applicables si la société est *in bonis*.

Nous estimons cependant avec d'autres auteurs, que le droit des actionnaires résultant de l'art. 17 est définitivement perdu par suite de l'ouverture de la faillite. En effet, les art. 443 et 532 du C. de comm. créent des règles spéciales de dessaisissement en matière de faillite et confèrent notamment au syndic l'exercice exclusif des actions qui appartiennent à la société. Ce dessaisissement de toute action individuelle au profit du syndic est de droit institué en matière de faillite, dans un but de célérité et d'économie; il se base sur les textes formels de la loi et sur les nécessités de la pratique commerciale. Aussi, faudrait-il donc un texte légal formel pour y déroger, texte qui n'existe pas.

**539.** — Remarquons que ce dessaisissement ne laisse pas les actionnaires sans défense contre l'inaction, la négligence ou la mauvaise volonté du syndic, puisque les articles 446 et 467 du C. de comm. leur permettent dans ces cas de porter leurs réclamations devant le juge commissaire et après huit jours devant le tribunal. Les actionnaires conservent donc un moyen pour faire respecter leurs droits.

---

(1) Voir Lyon-Caen et Renault, t. VIII, n<sup>o</sup> 1183 ; M. Vavasseur, t. 1, n<sup>o</sup> 749 ; M. Pic, note Daloz 93.II.250.

SECTION 3. — ACTION SOCIALE EXERCÉE PAR UN ACTIONNAIRE  
INDIVIDUELLEMENT

**540.** — L'exercice de l'action sociale en responsabilité est-elle l'apanage exclusif de la société, personne morale, et du groupement d'actionnaires prévu par l'art. 17 de la loi du 24 juillet 1867 que nous venons d'étudier, ou l'actionnaire isolé a-t-il le droit de faire valoir l'action sociale *ut singuli*, au moins pour la quote-part du préjudice subi personnellement ?

L'immense majorité de la doctrine et de la jurisprudence reconnaît à l'actionnaire ce droit à l'action sociale exercée individuellement. Il lui a semblé que le droit individuel ne doit pas être sacrifié à l'inertie, à la mauvaise volonté même de la majorité des actionnaires, et elle s'est ralliée aux paroles prononcées par l'avocat général Hémard devant la Cour de Paris (1) lorsqu'il s'est écrié : « L'actionnaire, gravement lésé, n'aurait droit qu'au silence ? Il soutiendrait vainement que le contrat est violé en sa personne ? Il est seul ! Qu'il se taise ! — Non ! Notre loi n'admet pas cet écrasement de l'individu au profit des majorités. »

**541.** — A ce raisonnement nous répondons que la loi sur les sociétés anonymes a institué la sauvegarde des droits des minorités dans son art. 17, minorités qui peuvent descendre jusqu'à l'importance vraiment faible de 5 % du capital social. S'il y a des droits de la minorité, il y a également des droits de la majorité. C'est la conséquence du principe constitutionnel des sociétés comme de tous les êtres moraux, et il faut que la volonté de la majorité s'impose à la minorité. Autrement, le désordre s'introduirait là où doit régner l'unité, et tous les avantages de l'association disparaîtraient. Si la volonté de la majorité domine dans toutes les affaires sociales sans que celle de la minorité

---

(1) D. P. 75.2.161.



puisse se faire valoir, comment ne dominerait-elle pas dans celles qui les terminent toutes, dans l'apurement et le règlement des comptes ? D'où viendrait l'exception ? Quel principe, quelle nécessité pourrait-on invoquer pour justifier une pareille dérogation à la règle générale ?

Or, dans la matière qui nous occupe, l'assemblée générale est seule qualifiée pour recevoir, approuver ou rejeter les comptes des mandataires de la société, à savoir des administrateurs et des commissaires. De quel droit, à défaut d'un texte légal formel, l'actionnaire voudrait-il se substituer à la société pour l'exercice de l'action sociale ? Pour nous, administrateurs et commissaires ne doivent aucun compte à l'actionnaire pris individuellement en ce qui concerne l'exercice de leur mandat. Le lien contractuel les lie uniquement à l'être moral qu'est la société et cet être moral, bien qu'étant une fiction, est une réalité juridique. Seule la société peut apprécier les actes de ses organes en toute connaissance de cause et elle seule peut incriminer les faits d'administration dont elle a souffert, car entre l'appréciation des actes et le recours au tribunal, il y a une concordance nécessaire.

Par ailleurs, en entrant dans la société, les actionnaires n'ont-ils pas consenti à se fondre dans une association, où la volonté de chacun doit s'effacer devant la volonté de la majorité pour tous les faits et causes qui sont du ressort de l'administration de la société et qui ne débordent pas sur le terrain des faits délictuels ou quasi-délictuels ? Or, il faut nous le rappeler, nous nous occupons dans cette étude uniquement de l'action sociale *ad mandati* et non point de l'action *ex delicto* que nous reconnaissons volontiers à chaque actionnaire individuellement.

542. — A cet argument, les partisans de l'action sociale exercée *ut singuli* par un seul actionnaire répondent que la personnalité morale de la société n'est qu'une fiction qu'il ne faut pas prendre au pied de la lettre dans les rapports des

actionnaires eux-mêmes avec la société et ses organes. Ces derniers se sont engagés au bon accomplissement de leurs fonctions non seulement envers la société, mais encore envers chaque actionnaire en tant que membre de la société. Chaque associé peut donc invoquer cette obligation personnellement en agissant seul. Fraction de la collectivité, l'actionnaire a subi pour partie le préjudice causé à la société; le préjudice social est aussi un préjudice individuel.

Or, si la collectivité s'abandonne, c'est à l'individu de veiller à son propre salut. L'action exercée *ut singuli* par les actionnaires a donc un fondement juridique qui est également sa limite. Selon l'opinion de MM. Lyon-Caen et Renault, l'action *ut singuli* est à considérer comme l'exercice populaire de l'action sociale en cas d'abstention des représentants des associés, ou mieux encore comme résultant de la division de l'action sociale en une série d'actions individuelles, la personnalité morale de la société n'anéantissant pas la personnalité physique des associés.

Par ailleurs, la personnalité morale des sociétés commerciales a été imaginée, non pour réduire les droits et avantages à invoquer par les associés, mais au contraire à titre de faveur, pour donner aux rouages sociaux plus d'aisance. La faveur de la loi ne peut être retournée contre les associés.

**543.** — Toute la question est donc portée sur le terrain infiniment vaste et âprement discuté de l'absorption de la personne juridique de l'associé par la personne morale de la société. Nous avons fait connaître plus haut (V. N° 541) notre point de vue qui doit nous obliger logiquement à refuser à l'actionnaire isolé l'exercice de l'action sociale.

Cette solution est d'ailleurs infiniment préférable au point de vue pratique. En permettant à chaque actionnaire individuellement de poursuivre les administrateurs et commissaires aux comptes en responsabilité contractuelle pour l'exécution de leur mandat, on ouvre la porte à toutes les niaiseries et chicanes

dont sont capables les plaideurs à tout prix ou des actionnaires animés de mauvaise foi ou de rancune personnelle. Le rapporteur de la loi n'a-t-il pas dit expressément qu'il importe de ne pas « ... exposer la société à des attaques indiscretes, d'encourager l'esprit processif » ?

Même si les procès ainsi abusivement intentés n'aboutissent pas à un résultat pour le demandeur, ils constituent toujours une source d'ennuis et de frais pour le défendeur et ne peuvent que nuire aux véritables intérêts de la société. Il n'y a aucune raison de vouloir ainsi favoriser les « mauvais coucheurs », depuis que l'art. 17 permet d'intenter l'action sociale par représentation juridique à un groupement de deux ou plusieurs actionnaires, réunissant 5 % seulement du capital social.

**544.** — Cependant nous devons reconnaître que la loi elle-même donne aux partisans de l'action sociale exercée *ut singuli* par un actionnaire isolé un argument de texte de toute première importance. Il est toutefois moins décisif que la presque totalité de la doctrine ne le pense, et un examen serré nous permet sinon de l'écarter, au moins de mettre en doute sa valeur.

Il s'agit de la phrase *in fine* de l'ancien art. 17 de la loi du 24 juillet 1867, qui ne fut pas touchée par les réformes de 1935 et 1937, gardant ainsi toujours sa portée, et qui précise que l'action intentée par un groupement représentant au moins un vingtième du capital social, s'exerce « *sans préjudice de l'action que chaque actionnaire peut intenter individuellement en son nom personnel* ».

La question est donc celle de savoir si l'action visée par cette phrase est bien l'action sociale comme le prétendent doctrine et jurisprudence, ou l'action *ex delicto*.

**545.** — On peut dire en faveur de la première version, que les prescriptions de l'art. 17 concernent l'action sociale, et nous l'avons fortement soutenu nous-même plus haut. (V. N° 534). Par ailleurs, le décret-loi du 31 août 1937 a pleinement confirmé

l'esprit dans lequel l'art. 17 doit être compris, à savoir comme se rapportant à l'action sociale.

Et cependant, l'argument est-il vraiment si puissant ? Si l'article 17 ne vise que l'action sociale, il le fait certainement en ce qui concerne les dispositions actives anciennes et nouvelles qu'il contient, tel le droit de groupement des minorités, leur possibilité de plaider par représentation juridique, la prohibition des clauses d'autorisation et d'avis, la limitation de l'effet du quitus, l'abréviation des délais de prescription. Par contre, la phrase que nous étudions n'a nullement un caractère créateur ; elle renvoie à un état préexistant pour dire que chaque actionnaire peut intenter individuellement une action, sans préciser davantage s'il s'agit bien d'une action sociale ou d'une action *ex delicto*.

Mais nous estimons que l'action sociale appartient en principe à la société elle-même (V. N° 503) et qu'il faut, pour qu'il n'en soit plus ainsi, qu'une disposition spéciale crée un droit d'exception par un texte formel net et clair comme celui de la première partie de l'art. 17 ; or, nous ne relevons pas dans la phrase incidente *in fine* que nous considérons le caractère d'une telle disposition créatrice.

**546.** — On nous dira qu'il n'en était nul besoin, puisque le texte de l'art. 17 de la loi de 1867 est la reproduction sous une forme différente de l'art. 14 de la loi du 17 juillet 1856 qui, lui, a bien la valeur d'une disposition créatrice.

A quoi nous répondons tout d'abord que la loi de 1867 a abrogé complètement celle de 1856, qu'elle forme un tout qui se suffit à lui-même et qu'il est impossible de vouloir considérer comme implicitement maintenues en vigueur des dispositions de 1856, ne serait-ce que par sous-entendu, qui forment un droit exceptionnel.

Et nous répondons ensuite que l'art. 14 de la loi du 17 juillet 1856 ne consacre pas du tout le droit de l'actionnaire isolé à « intenter individuellement en son nom personnel » (comme



dit la loi de 1867) l'action sociale, mais seulement le droit de chaque actionnaire « d'intervenir personnellement dans l'instance à la charge de supporter les frais de son intervention ». La loi de 1856 ne lui donne donc nullement le droit d'actionner lui-même *ad mandati* et d'engager l'action sociale, mais seulement celui d'intervenir dans « un procès contre les gérants ou contre les membres du conseil de surveillance » (lire les administrateurs et les commissaires aux comptes) que « les actionnaires d'une société ont à soutenir collectivement et dans un intérêt commun ».

**547.** — Nous persistons donc à croire que le texte de l'art. 17 de la loi de 1867 tel qu'il a été rédigé ne crée pas un droit exceptionnel par lequel l'actionnaire est habilité à intenter lui-même l'action sociale, et qu'à défaut d'un texte vraiment créateur auquel notre art. 17 *in fine* aurait peut-être pu se référer, il ne peut renvoyer qu'à l'action qui appartient à l'actionnaire en vertu du droit commun, c'est-à-dire à l'action en responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle.

**548.** — Toutefois, peut-on objecter, ce renvoi serait complètement inutile, puisqu'il concerne le droit commun et qu'il est difficile d'admettre que le législateur de 1867 n'ait vraiment voulu rien dire par la phrase en question. Nous en convenons.

Mais l'argument n'est pas suffisamment fort pour nous décider à faire dire au législateur avec certitude une chose qu'il aurait dû dire nettement s'il l'avait voulu et qu'il n'a pas dite. Et pourquoi, en somme, n'aurait-il pas voulu affirmer purement et simplement ce que nous croyons, à savoir que l'actionnaire dispose depuis l'art. 17 du droit d'exception de se grouper et de faire plaider l'action sociale par procuration, sans que ce nouveau droit, qui l'assimile à un mandant direct, le prive du droit de plaider individuellement *ex delicto* pour les faits mêmes qui relèvent à la fois des deux actions.

Nous rappelons à ce sujet que, d'après nous, le mandant ne

peut pas poursuivre en responsabilité délictuelle, si le fait reprochable constitue en même temps une faute contractuelle à son égard; le mandat lie les deux parties à l'appréciation des faits et leur poursuite dans le cadre du contrat du mandat.

549. — Ainsi, loin de ne rien dire, l'art. 17 *in fine* prend une signification bien utile, car il précise que l'assimilation sous certaines conditions de l'actionnaire à un mandant direct ne s'opère pas au préjudice de l'action *ex delicto* qui lui appartient toujours, même pour les faits absorbés par le cercle contractuel du mandat.

550. — Il nous reste à préciser que la liquidation ou la mise en faillite de la société n'ont aucune influence sur la question que nous venons de traiter dans cette section, puisque nous ne reconnaissons pas à l'actionnaire le droit d'intenter individuellement l'action sociale contre les administrateurs ou commissaires aux comptes.

Mais pour les partisans de l'opinion contraire, la question présente un intérêt évident. Les solutions sont les mêmes que celles qui sont adoptées et que nous avons nous-même reconnues et exposées plus haut (V. N° 538) en ce qui concerne l'action sociale exercée par un groupe d'actionnaires, conformément aux prescriptions de l'art. 17 de la loi de 1867 en cas de liquidation ou de faillite de la société.

Par conséquent, l'action sociale appartenant selon cette opinion à chaque actionnaire individuellement, n'est pas influencée par la décision de liquidation de la société. Mais la déclaration de la faillite ou de la liquidation judiciaire, centralisant selon l'art. 443 du Code de commerce toutes les actions dans la main et sur la tête du syndic, opère le dessaisissement de l'actionnaire isolé aussi bien que du groupement d'actionnaires pour les raisons que nous avons indiquées plus haut (V. N° 538) au sujet de ce dernier.

SECTION QUATRIÈME. — ACTION SOCIALE EXERCÉE  
PAR DES ACTIONNAIRES RÉUNIS EN SOCIÉTÉ CIVILE

**551.** — Les auteurs qui reconnaissent le droit de l'actionnaire d'intenter individuellement l'action sociale sont forcément amenés à accepter qu'un groupe d'actionnaires ne représentant pas le vingtième du capital social peut toujours former une société civile pour exercer une action sociale en responsabilité contre les administrateurs ou les commissaires aux comptes.

Mais, dans ce cas, il faut suivre les règles ordinaires de procédure et il ne saurait être question pour cette société civile de bénéficier des dispositions de l'art. 17 de la loi de 1867 ; il faut, dès lors, que tous les actionnaires poursuivants figurent en nom dans les actes de la procédure et dans le dispositif du jugement.

SECTION CINQUIÈME. — ACTION SOCIALE EXERCÉE PAR LES CRÉANCIERS  
EN VERTU DE L'ART. 1166 DU CODE CIVIL

**552.** — En principe, *« les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point aux tiers et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'art. 1121 »,* c'est-à-dire quand elles contiennent une stipulation pour autrui. Ce texte de l'art. 1165 du Code civil est cependant fortement infirmé par le texte de l'art. 1166 instituant l'action oblique, et en vertu duquel *« les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur... »*.

**553.** — Ainsi l'action sociale dirigée contre les administrateurs ou commissaires aux comptes peut être intentée directement par les créanciers sociaux au lieu et à la place de la société, sous la triple condition cependant : 1° que le préjudice dont on demande réparation ait atteint la société elle-même; 2° que ce préjudice mette en danger l'avoir des créanciers; 3° que la société elle-même reste inactive et qu'elle n'ait pas encore tran-

sigé avec les responsables (à l'exception bien entendu d'une transaction frauduleuse puisque *Fraus corrumpit omnia*, et 4° que la société soit toujours *in bonis* ou dissoute. Car, la faillite une fois prononcée, le syndic seul, représentant à la fois la masse des créanciers et la société, assure l'exercice exclusif de toute action (art. 443 du C. de com.), donc également de l'action sociale en responsabilité dirigée par la société contre ses administrateurs ou ses commissaires aux comptes.

554. — Mentionnons encore que l'exercice de l'action oblique de l'art. 1166 rend opposable aux créanciers poursuivants toute exception ou fin de non-recevoir qu'on pourrait faire valoir vis-à-vis de la société, étant donné que cette action est engagée par les créanciers de la société et à sa place.

555. — Certains auteurs ont voulu tirer parti de cette situation pour en faire un motif supplémentaire en faveur du prétendu droit de chaque actionnaire d'intenter individuellement l'action sociale, droit si fortement controversé comme nous avons vu plus haut (V. N° 540). Comment, se sont-ils écriés, peut-on reconnaître à un simple créancier de la société le droit d'intenter l'action sociale au nom et à la place de la société, tandis que l'on refuserait à l'actionnaire lui-même, qui forme avec les co-actionnaires la société, le droit de le faire ?

Mais en le disant, on oublie que la loi a toujours accordé une protection plus efficace aux créanciers qu'aux sociétaires eux-mêmes, ceci étant dans la nature des choses. Au surplus, les actionnaires sont admis à faire valoir leurs droits par la voie de l'assemblée générale et par les organes de la société, tandis que le créancier ne jouit d'aucun autre moyen de sauvegarde des siens que celui que lui confère précisément l'art. 1166 du Code civil.

Aussi tout le monde admet que cet article est bien applicable à la matière qui nous occupe en donnant ainsi aux créanciers sociaux le droit d'agir collectivement ou individuellement en cas d'inertie de la société.



## CHAPITRE TROISIEME

**L'Action individuelle ou ex delicto**

556. — « Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ». Par ailleurs, « chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence ». Ainsi le décident les textes des art. 1382 et 1383 du Code civil, qui énoncent l'obligation pour toute personne de réparer le préjudice causé par faute, négligence ou imprudence.

Ces deux articles constituent le fondement juridique de l'action individuelle en responsabilité contre les administrateurs ou commissaires. Nous avons déjà fait plus haut (V. N° 494) l'étude délicate de la distinction entre l'action individuelle *ex delicto* et l'action sociale *mandati*, et nous avons vu que la difficulté est particulièrement grande quand il s'agit d'apprécier un fait complexe (V. N° 500) qui constitue à la fois une faute contractuelle et une faute délictuelle.

557. — Rappelons que l'action *ex delicto* exercée à l'encontre des commissaires suppose un préjudice particulier, direct et certain, apprécié en faisant abstraction de toute idée de mandat. Pour que cette action soit recevable, il faut donc que le demandeur établisse l'existence du préjudice personnel et distinct de tout préjudice social ; il faut qu'il démontre, en outre, que ce dommage résulte non de la simple violation du contrat de mandat, mais de manœuvres des commissaires, coupables d'avoir violé le devoir d'équité sanctionné par les articles 1382 et 1383 du Code civil.

Car toute faute du commissaire qui est relative à l'exercice de son mandat ouvre vis-à-vis des parties contractantes uni-

quement l'action sociale, cette dernière étant à la fois la base et la limite d'appréciation de l'exécution du mandat confié.

**558.** — La société elle-même ne saurait donc agir par l'action *ex delicto* que dans le cas où le préjudice résulte d'un fait du commissaire qui est complètement étranger au mandat censorial et où le commissaire ne serait pas défendeur en la dite qualité, mais comme simple particulier. C'est pour cette raison que ce cas n'est plus situé dans le cadre de notre étude.

**559.** — En ce qui concerne les actionnaires, nous ne leur avons pas reconnu le droit d'intenter l'action sociale individuellement (V. N<sup>o</sup> 541), car nous estimons que cette action appartient uniquement à la société elle-même, fiction ayant une réalité juridique. D'après nous le commissaire est lié par mandat à la société seulement, et non point à chacun des actionnaires.

Nous estimons par conséquent que l'actionnaire est assimilable à un simple tiers et qu'il n'est nullement réduit, comme la société, à la seule action *mandati*, si le préjudice subi est la suite d'un fait constituant à la fois une violation du mandat censorial et de l'obligation générale visée par les art. 1382 et 1383 du Code civil. (Voir à ce sujet ce que nous avons exposé plus haut sous le N<sup>o</sup> 557).

**560.** — Le droit à exercer l'action individuelle en responsabilité est avant tout un droit personnel de la victime du préjudice. Il en résulte que l'action ne peut pas être subordonnée à une clause quelconque des statuts, que l'exercice de l'action sociale par la société elle-même, ou par le liquidateur, ou par le syndic de faillite, ou par un groupement d'actionnaires en vertu de l'art. 17 de la loi du 24 juillet 1867 ne peut empêcher ou arrêter l'action *ex delicto* de l'actionnaire, ou lui porter préjudice, sous condition toutefois qu'il ne fasse pas partie du groupement d'actionnaires plaidant par représentation juridi-

que conformément au dit art. 17. En effet, dans ce dernier cas, l'actionnaire use du droit exceptionnel que lui donne la loi de s'approprier l'action sociale au lieu et à la place de la société et il doit se soumettre aux conditions et liens qui obligent cette dernière (V. N<sup>o</sup> 513).

**561.** — Précisons cependant qu'en cas de faillite de la société les créanciers ne peuvent faire valoir l'action *ex delicto* qu'en tant qu'ils ont subi un préjudice direct. Si le préjudice ne les atteint que d'une manière indirecte, par contre-coup de la diminution de l'actif, la jurisprudence reconnaît au seul syndic le droit d'agir afin de reconstituer l'actif de la société, car le syndic est le seul représentant qualifié de la masse des créanciers.

Par contre, la responsabilité délictuelle jouera au profit des actionnaires ou des obligataires que les rapports mensongers des commissaires ont déterminés à souscrire, ou des créanciers que les affirmations tendancieuses d'un rapport ont amenés à contracter avec la société. (Conf. M. Masson, N<sup>o</sup> 243). Sans doute, le syndic est le représentant de la masse des créanciers, mais il l'est pour la reconstitution de l'actif social et nullement pour faire rentrer dans le patrimoine propre d'un créancier la réparation pécuniaire d'un préjudice personnel et direct subi par ce dernier, alors surtout que celui-ci agit non contre le failli, la société, mais contre les commissaires, véritables tiers.

Aussi, l'exercice de l'action délictuelle par un actionnaire ou créancier profite à lui seul personnellement et ni la société, ni son liquidateur, ni son syndic ne peuvent prétendre à une part des dommages-intérêts ainsi obtenus.

**562.** — La jurisprudence a d'ailleurs appliqué plusieurs modes de réparation des dommages à l'égard des actionnaires plaignants. Elle a souvent condamné le responsable à rembourser intégralement le prix d'achat des actions en échange des titres. Ce procédé a l'avantage d'épargner au juge la difficulté d'éva-

luer la perte subie en tant qu'elle découle uniquement de la faute commise, et il est très équitable s'il est prouvé que, sans les manœuvres fautives du commissaire, le tiers n'aurait pas acheté.

Dans d'autres cas, elle a limité l'indemnité à la différence entre le prix d'achat et la valeur réelle des actions, lors du jugement, procédé commode si les titres sont cotés en bourse, ou encore à la différence entre le prix d'achat et le prix de revente des titres, si celle-ci a eu lieu.

Enfin, dans certains cas, les tribunaux ont alloué à la victime une indemnité fixée à une quote-part (moitié ou le tiers, p. ex.) du prix d'acquisition des actions, en réduisant ainsi ce prix d'achat à une somme qui correspond mieux à la véritable valeur du papier au moment de son acquisition.

**563.** — Pour être complet, disons encore que les actionnaires et tiers individuellement lésés peuvent se réunir et former une société civile pour exercer, à frais communs et sous une direction spéciale, leurs actions individuelles en responsabilité, sous condition que toutes ces actions individuelles soient fondées sur les mêmes causes et dirigées contre les mêmes personnes.

Mais ce groupement ne saurait se prévaloir des prérogatives de la représentation juridique que confère l'art. 17 de la loi du 24 juillet 1867 à un groupe d'actionnaires qui entend faire valoir l'action sociale dans les conditions que nous avons exposées plus haut (V. N° 513).



## CHAPITRE QUATRIEME

## Compétence

**564.** — Après avoir défini le fondement, le caractère et l'exercice de l'action sociale et de l'action individuelle, nous devons nous demander maintenant devant quel tribunal l'action doit être portée. Il convient donc de procéder à l'étude des questions de la compétence *ratione materiae* et *ratione loci*.

## SECTION PREMIÈRE. — COMPÉTENCE « RATIONE MATERIAE »

**565.** — La question qui se pose est celle de savoir si l'action en responsabilité intentée contre un commissaire aux comptes est de la compétence des tribunaux civils ou des tribunaux de commerce. Les avis sont bien partagés en doctrine aussi bien qu'en jurisprudence.

Citons les jugements et arrêts suivants qui se prononcent en faveur des tribunaux consulaires : Cass. civ. 26 mai 1869 (1); Cass. civ. 10 nov. 1897 (2); Trib. com. Seine 29 janv. 1900 (3); Metz 7 déc. 1937 (4).

Dans le sens contraire se sont prononcés le Trib. civ. Seine le 20 juil. 1887 (5); Trib. civ. Seine le 6 mars 1895 (6); Bordeaux le 10 nov. 1932 (7); Bordeaux le 21 janv. 1935 (8).

---

(1) D. P. 69.I.351.

(2) D. P. 99.I.599 ; J. S. 1898.12.

(3) J. S. 1900.277.

(4) G. P. 38.I.351.

(5) R. S. 1887.527.

(6) J. S. 1895.360 ; R. S. 1895.360.

(7) R. S. 1935.84 ; J. S. 1888.378.

(8) R. S. 1935.84.

**566.** — Ces divergences de vue proviennent surtout du fait que doctrine et jurisprudence ne sont point d'accord sur la nature même du contrat censorial. Est-ce un contrat de droit civil ou un acte de commerce ? Les deux opinions peuvent être défendues avec d'excellents arguments. Certes, pour la société anonyme, le contrat est de nature commerciale. MM. Houpin et Bosvieux (t. II, N° 1115) le considèrent également comme tel vis-à-vis des commissaires et ils en déduisent en toute logique que les actions en responsabilité intentées par la société sont forcément de la compétence consulaire, alors que celles que forment des tiers peuvent être, au gré de ceux-ci, portées devant les tribunaux civils.

M. Copper-Royer (t. IV, p. 300) se prononce dans le sens contraire. Le commissariat n'est pas, par sa nature même, un contrat commercial, car les actes de contrôle accomplis par le commissaire ne sont pas spécifiquement commerciaux. Le contrat, commercial à l'égard de la société mais civil à l'égard du commissaire, est donc en réalité un acte mixte et il faut en tirer les conclusions normales en ce qui concerne la compétence *ratione materiae*.

Nous nous rallierions volontiers à cette dernière opinion sous le régime de l'ancienne législation, mais depuis que le contrôle du commissaire est devenu permanent et que ses fonctions forment un organisme essentiel dans la structure même de la société anonyme, on peut y trouver un argument supplémentaire pour attribuer à la fonction du commissaire le caractère non point d'une mission civile temporaire, mais d'un acte fondamental à caractère commercial.

La jurisprudence semble d'ailleurs s'affermir de plus en plus dans cette voie et il faut citer, à côté des arrêts relativement anciens de la Cour de cassation, un arrêt du 7 déc. 1937 rendu par la Cour de Metz (1). Bien que cet arrêt qui se prononçait pour le caractère commercial concerne un commissaire aux apports, il vaut *a fortiori* pour le commissaire aux comptes. Mais la

---

(1) G. P. 38.I.351.

question n'est pas encore définitivement tranchée et un revirement de l'opinion de la Cour de cassation est toujours possible, bien que fort improbable.

**567.** — Si, par sa nature propre, le mandat du commissaire aux comptes n'est pas commercial (au moins d'après une très forte opinion de doctrine et de jurisprudence), ne peut-il pas le devenir en vertu de la théorie de l'accessoire ? Le caractère commercial de la société anonyme ne doit-il pas réagir sur les actes qui en jalonnent l'existence ?

Il ne faut pas oublier que le Code de commerce a délimité le champ de la législation et de la juridiction commerciales, en considérant plutôt les actes que les individus, suivant une tendance objective plutôt que subjective. L'acte d'un individu non commerçant pourra donc être commercial, soit par sa nature propre, soit parce qu'il s'insère dans un ensemble d'opérations à caractère commercial qui lui communique leur nature par une sorte de droit d'accession.

A cette conception de la nature commerciale du mandat du commissaire aux comptes, par application de la théorie de l'accessoire, on peut cependant opposer qu'il faut, pour que la nature de l'opération principale puisse imprimer son caractère à la nature de l'opération accessoire, que les actes soient l'œuvre d'un même auteur. Ceci n'étant pas le cas, les actes émanant soit de la société, soit du commissaire, nous rejetons la théorie du caractère commercial en vertu de l'accessoire.

**568.** — Nous rejetons également celle qui croit, avec MM. Escarra et Rault (N° 145), que l'acte de vérification devient commercial s'il est exercé par un professionnel. Certes, l'article 638 al. 2 du Code de comm. attache la nature commerciale aux actes d'une personne qui exerce une profession commerciale. Mais les commissaires aux comptes occasionnels ou professionnels ne sont pas des commerçants et il n'a jamais été sérieusement question de les faire considérer comme tels.

**569.** — On a également voulu tirer argument de l'art. 631 du Code de comm. « L'action en responsabilité est de la compétence du tribunal de commerce, disent MM. Lyon-Caen et Renault (N<sup>os</sup> 834 et 1013) quand elle est exercée soit par la société, soit par les actionnaires; il s'agit là d'une contestation entre associés ». MM. Houpin et Bosvieux semblent accepter cette théorie (t. 2, N<sup>o</sup> 1115) qui, bien que formulée surtout à l'égard des administrateurs, est généralisée par ces auteurs à toute action en responsabilité.

Il nous semble assez difficile de concevoir la qualité d'associé du commissaire qui généralement n'est même pas actionnaire. Serait-ce dans le sens d'une association pour le bon fonctionnement de la société en dehors de toute idée d'association des capitaux ? La notion de conflit entre associés établie par l'article 631 du Code de comm. n'est certainement pas conçue dans cet ordre d'idées. Et ensuite, même si le commissaire était actionnaire, nous écarterions l'application du dit art. 631 car l'action en responsabilité qui lui est intentée est absolument étrangère à sa qualité d'actionnaire.

**570.** — Pour la même raison, nous rejetons également l'avis exprimé par M. Rousseau (N<sup>o</sup> 2761) selon lequel il faut baser la compétence sur la distinction entre l'action sociale et l'action individuelle. Pour cet auteur, l'action sociale sera toujours de la compétence du tribunal de commerce « quelle que soit la qualité du demandeur; dans tous les cas, en effet, cette action suppose un préjudice résultant de la violation du pacte social, du contrat de mandat, c'est-à-dire une contestation entre associés. Donc on retombe sous l'application de l'art. 631 du Code comm. Quant à l'action individuelle, quiconque l'exerce peut, à son choix, l'introduire devant le tribunal civil ou devant le tribunal de commerce ». Pour nous, ne voyant pas la qualité d'associé du commissaire aux comptes, nous rejetons absolument le cas de contestation entre associés et nous nous refusons à appliquer l'art. 631 du Code de comm. invoqué.



571. — Nous avons ainsi écarté successivement le caractère commercial du mandat censorial invoqué sur la base de la théorie de l'accessoire, sur celle de la qualité commerciale du commissaire professionnel et sur celle de contestation entre associés. Par contre, nous sommes obligés de retenir comme argument principal en faveur de la commercialisation de la mission du commissaire aux comptes la permanence même de cette mission, cette dernière devenant un rouage essentiel du fonctionnement de la société anonyme.

A cet argument d'ordre juridique, nous ajoutons un argument d'ordre pratique, à savoir que les tribunaux consulaires nous semblent beaucoup plus indiqués pour juger de telles actions en responsabilité que les tribunaux ordinaires. Dans ces conditions, et faute d'argument décisif, nous nous prononçons en faveur de la nature commerciale du mandat censorial. Par suite, la société ne saurait donc poursuivre son commissaire aux comptes que par devant les tribunaux consulaires.

572. — Il en sera également ainsi en cas de faillite de la société, tout d'abord pour la raison indiquée, étant donné que le syndic de faillite est purement et simplement substitué à la société défailante avec l'ensemble de ses droits, ensuite en vertu de l'art. 635 du Code de comm. qui rend le tribunal de commerce seul compétent pour toutes les opérations de faillite.

573. — Si nous nous prononçons finalement en faveur de la nature commerciale du mandat du commissaire aux comptes, c'est qu'il ne faut pas oublier que ce dernier ne saurait se prévaloir du bénéfice de la juridiction consulaire que quand il est poursuivi par la société elle-même ou ses ayants droit par une action *mandati*.

Par contre, les poursuites intentées par la société *ex delicto* sont de la compétence des tribunaux civils, puisqu'elles ont pour base des faits qui sortent du cadre des attributions contractuelles du commissaire aux comptes.

574. — Il est certain d'après nous que les poursuites *ex delicto* engagées par les tiers créanciers contre le commissaire aux comptes sont également de la compétence des tribunaux ordinaires. En effet, nous avons seulement reconnu le caractère commercial aux opérations de contrôle du commissaire, mais point à sa profession (V. N° 568). Par conséquent, nous ne nous trouvons ni dans le cas de l'option donnée au non-commerçant en face d'un commerçant pouvant s'adresser à son choix au tribunal de commerce ou au tribunal civil (le commissaire aux comptes n'étant pas commerçant), ni dans celui de la même option donnée au non-commerçant à propos de toute opération ayant le caractère commercial pour son adversaire, car l'action *ex delicto* sort généralement du cadre des attributions normales du commissaire auxquelles seules nous avons reconnu le caractère commercial.

575. — Par contre, si les tiers poursuivent dans les quelques hypothèses où c'est possible (V. N° 552) sur la base d'une action *mandati*, ou s'ils invoquent *ex delicto* des faits qui sont dans les attributions normales des commissaires, ils gardent à notre avis le bénéfice du caractère commercial de la mission censoriale et ils peuvent porter le conflit devant le tribunal de commerce.

Car rien ne nous autorise à changer la nature commerciale que nous avons reconnue aux opérations censoriales selon que le demandeur est lui-même commerçant ou non, cette nature faisant partie intrinsèque de la mission du commissaire. L'action en responsabilité intentée par les tiers pourra donc, dans ce cas, être portée devant le tribunal civil ou le tribunal de commerce au choix du tiers demandeur.

576. — Nous n'acceptons d'ailleurs pas l'avis de MM. Houpin et Bosvieux qui pensent (t. 2, N° 1115) que le tribunal de commerce pourra seul en connaître si le tiers demandeur est lui-même commerçant, car cette qualité de commerçant n'a ici

absolument rien à faire avec la procédure soulevée, à moins que le tiers puisse prouver avoir agi en sa qualité de commerçant (banquier, p. ex.) lors du fait qui lui a causé le préjudice pour lequel il demande réparation.

**577.** — Le fait que le tiers pourra justifier sa qualité d'actionnaire de la société n'y changera absolument rien, car cette qualité ne lui permet pas de se prévaloir d'une opération commerciale à l'égard du commissaire.

Il faut rapprocher de cette solution celle qui fut arrêtée par la Cour de Paris le 26 janvier 1874 (1), jugeant que l'actionnaire d'une société en commandite n'est pas commerçant et ne fait, en souscrivant des actions, qu'un simple placement de capitaux; la Cour a donc autorisé cet actionnaire à porter devant le tribunal civil l'action en responsabilité intentée par lui contre les membres du conseil de surveillance auxquels il reprochait des manœuvres frauduleuses l'ayant amené à souscrire des actions.

**578.** — Que faut-il décider pour le cas où les statuts donneraient formellement compétence aux tribunaux de commerce à l'occasion de toute poursuite à exercer contre les organes de la société, donc également contre le commissaire aux comptes? Une telle clause statutaire est certainement valable vis-à-vis de la société et de ses ayants droit; mais elle n'est pas opposable aux tiers comme toute convention entre particuliers (art. 1165 C. civil).

**579.** — En donnant cette solution, nous affirmons en même temps le caractère purement relatif de toutes les règles de compétence que nous avons péniblement pu établir dans ce maquis de la procédure.

L'incompétence d'une juridiction saisie doit être invoquée *in limine litis* par la partie intéressée et ne peut plus être pro-

---

(1) S. 76.23 (S. C.).

posée au cours de l'action ou opposée d'office. La Cour de cassation a couvert elle-même le 15 nov. 1880 (1) le vice d'incompétence *ratione materiae*.

**580.** — Mentionnons encore, pour être complet, que le commissaire peut se voir assigné en responsabilité civile devant les tribunaux répressifs, si la demande ainsi formulée contre lui est connexe à une action pénale, cela conformément aux règles ordinaires de la procédure.

#### SECTION SECONDE. — COMPÉTENCE « RATIONE LOCI »

**581.** — Il faut se demander ensuite quel est le tribunal compétent *ratione loci*. Selon les articles 59 et 69 du Code de procédure civ. en matière de société, le tribunal compétent est celui du lieu où la société est établie, c'est-à-dire du principal établissement. Généralement, c'est le lieu du siège social de la société qui est toujours déterminé par les statuts. En cas de séparation du principal établissement du siège social, les tribunaux ont plein pouvoir d'appréciation.

**582.** — Mais il s'agit de savoir si l'action en responsabilité intentée contre un commissaire aux comptes est bien une action se produisant en matière de société. Dans la négative, le tribunal compétent n'est plus celui du siège de la société, mais celui du domicile du défendeur, sauf dans le cas d'une inculpation pénale avec constitution de partie civile, où le tribunal répressif du lieu du délit est compétent.

**583.** — La question se résout par une distinction. S'agit-il d'une action sociale en responsabilité, d'une action *mandati*, la compétence territoriale sera déterminée par l'art. 59 C. proc.

---

(1) S. 83.I.145.



civ.; le tribunal du principal établissement devra être saisi.

En effet, le sens des mots « en matière de société » de l'art. 59 est très large; il suffit qu'il s'agisse de contestations sociales, c'est-à-dire qui naissent du contrat de société et de la violation des obligations contractuelles qui s'y greffent d'une façon directe.

**584.** — S'agit-il, au contraire, d'une action individuelle en responsabilité, basée sur un délit ou quasi-délit personnel commis par le commissaire ? Ce n'est plus une contestation sociale, mais une responsabilité basée sur le droit commun, et la compétence territoriale est aussi celle du droit commun, c'est-à-dire du domicile du défendeur ou, depuis la loi du 26 nov. 1923, du lieu où la faute délictuelle, soit pénale ou civile, a été commise.

Pratiquement, la faute du commissaire est presque toujours commise au siège de la société, car c'est là que le commissaire exerce normalement ses fonctions. Cependant le cas d'une faute engageant sa responsabilité peut également se produire lorsqu'il commet un délit en effectuant une vérification de succursale ou en assistant à un inventaire. Dans ce cas, la loi du 26 nov. 1923 pourrait trouver une application.

**585.** — Les statuts de la société contiennent parfois une clause aux termes de laquelle toute contestation en matière sociale doit être portée devant le tribunal du siège de la société. Cette clause est valable, à notre avis, entre la société et le commissaire à l'occasion de l'exercice de l'action *mandati*; par contre elle n'est pas opposable par le commissaire aux tiers poursuivants.

**586.** — D'après M. Copper-Royer (t. 4, p. 301), cette clause des statuts ne vaut même pas vis-à-vis du commissaire. Pour cet auteur, le commissaire est un tiers par rapport à la société, dont les statuts lient uniquement les actionnaires, et la société ne saurait donc lui imposer une demande au tribunal de son

siège, si un autre tribunal était compétent en vertu des règles ordinaires.

Outre que nous voyons dans la solution préconisée par M. Copper-Royer une source pratique de difficultés si le commissaire est poursuivi avec les administrateurs (ces derniers étant poursuivables au siège de la société), nous croyons également au point de vue du droit pur que la solution proposée est insoutenable. En effet, le commissaire, en acceptant le mandat que la société lui confie, fait acte d'adhésion à toutes clauses des statuts qui le concernent tant que ces clauses ne sont pas contraires à l'ordre public. Il est tenu d'observer, p. ex., les clauses d'extension de sa mission, comme il est lié par une clause attribuant compétence exclusive aux tribunaux du siège social de la société, étant donné que la question de la compétence *ratione loci* n'est pas davantage une compétence absolue que la compétence *ratione materiae*.

587. — De ce caractère relatif de la compétence *ratione loci*, il faut déduire les mêmes conséquences que celles que nous avons retenues plus haut en matière de compétence *ratione materiae* (V. N° 579) et nous y renvoyons.

## CHAPITRE CINQUIEME

## Le quitus

588. — Nous avons vu plus haut (V. N<sup>o</sup> 509) que l'assemblée générale est maîtresse de l'action sociale et en dispose librement à son gré, soit en l'intendant, soit en y renonçant, soit en transigeant. Nous avons vu également (V. N<sup>o</sup> 530) que l'actionnaire a été efficacement protégé par le décret-loi du 31 août 1937 contre l'abus dont certaines assemblées, à la merci des administrateurs, ont fait usage en votant le quitus d'une gestion critiquable.

En effet, depuis cette réforme, aucune décision de l'assemblée générale, aucun vote de quitus ne peut avoir pour effet d'éteindre une action en responsabilité contre les commissaires aux comptes pour faute commise dans l'accomplissement de leur mandat. Depuis cette réforme, la question du quitus qui avait eu auparavant une grande importance, a passé au second plan, puisqu'il est loisible aux actionnaires de remettre sans cesse en question la gestion des administrateurs et l'exécution du mandat des commissaires et crée par là un état d'incertitude qui ne cessera qu'avec la prescription de l'action en responsabilité.

Le législateur de 1937 s'en est fort bien rendu compte, car il a réduit par le même décret de 30 ans à 3 ans ou à 1 an la durée de cette prescription (V. N<sup>os</sup> 603 et 610).

Quant au quitus lui-même, il ne garde une valeur juridique qu'à l'égard de la société qui, après l'avoir donné, ne peut plus intenter l'action *mandati causa ut universi*.

589. — Mais une première question se pose : un quitus donné produit-il effet dans n'importe quelle circonstance, même si

les fautes et irrégularités du commissaire n'ont pas été connues par l'assemblée générale ?

Aucune hésitation n'est possible à ce sujet; pour que le commissaire puisse opposer à la société le quitus qui lui a été voté par l'assemblée générale, il faut que le quitus ait été donné par l'assemblée en connaissance de cause et en absence de tout dol, erreur ou manœuvres frauduleuses. Il n'y a pas de consentement valable s'il a été donné par erreur ou s'il a été surpris par dol (art. 1116 C. civ.). Les approbations, quitus ou décharges des assemblées, de même que les transactions éventuellement intervenues demeurent sans effet s'ils ont été provoqués et obtenus à l'aide de manœuvres, réticences, dissimulations ou mensonges, sans lesquels il est certain que les assemblées n'auraient pas couvert les négligences et les manquements du commissaire (Cour de Bourges, 15 avr. 1891) (1). Les décisions conformes sont très nombreuses et nous en citons seulement trois qui sont de date récente, à savoir : Trib. com. Valenciennes du 3 mai 1932 (2), Paris du 29 déc. 1934 (3), et Trib. com. Rouen du 31 déc. 1937 (4).

**590.** — Il faut ensuite que le commissaire ait exécuté toutes les clauses et conditions mises par la société au quitus ou à la transaction, sinon l'approbation conditionnelle peut être annulée en vertu des principes du droit commun (Cass. requ. 23 fév. 1885) (5).

**591.** — Finalement il faut que les actes couverts par le vote de l'assemblée générale rentrent dans la limite des pouvoirs de cette assemblée, autrement dit, l'assemblée générale ordinaire ne peut ratifier que des fautes ordinaires qui ne sont pas

---

(1) R. S. 1891.321 ; J. S. 1891.298.

(2) R. D. B. 1933.359.

(3) S. 35.II.61 ; G. P. 35.I.422 ; J. S. 1935.557.

(4) G. P. 38.I.258 ; Rec. du Havre 1938.2.91.

(5) J. S. 1885.379 ; G. P. 85.II.485 ; D. P. 85.I.413.



des violations de la loi ou des statuts. L'assemblée générale, en effet, limitée dans ses pouvoirs par le respect de la loi et des statuts sociaux, ne peut autoriser ses mandataires, donc les commissaires aux comptes, à violer ces mêmes dispositions législatives ou statutaires.

Celles-ci, d'ailleurs, constituent la garantie des engageants de chaque associé, qui n'a consenti à annihiler sa personnalité que sous la condition du respect de la loi et des statuts. Autoriser une violation des statuts, cela équivaldrait à les modifier partiellement ou accidentellement. Si l'assemblée générale n'a pas le droit de faire elle-même directement une telle modification, elle ne peut en donner le pouvoir à ses mandataires.

Jurisprudence et doctrine sont d'accord sur ce principe, et récemment encore la Cour de cassation a dit, le 5 déc. 1932 (1), que le quitus donné par une assemblée générale ordinaire ne peut couvrir un commissaire qui a manqué à une clause statutaire. Il n'y a qu'un seul arrêt qui se prononce en sens contraire, celui de Paris du 5 mai 1891 (2), mais il est sans importance en face des nombreux autres arrêts et de la solution adoptée par la Cour de cassation le 20 fév. 1877 (3).

**592.** — Mentionnons cependant qu'une assemblée générale réunissant la totalité des actionnaires et l'unanimité du vote peut prendre sur-le-champ toute décision modifiant les statuts et pourra donc voter un quitus valable à l'égard même d'une violation des statuts par le commissaire.

**593.** — Pour finir notre étude sur le quitus, il faut encore examiner une dernière question. En pratique, il arrive assez rarement que l'assemblée générale vote le quitus au commissaire. Et pourtant nous estimons avec M. Copper-Royer (t. IV, p. 302) que le commissaire a le droit de demander le quitus.

---

(1) R. D. B. 1933.36.

(2) J. S. 1891.347.

(3) D. P. 77.I. 201.

Cela tient au fait que la jurisprudence considère généralement que le quitus accordé par l'assemblée générale aux administrateurs s'étend également aux commissaires.

Citons dans cet ordre d'idée les jugements et arrêts suivants : Paris 30 juin 1882 (1), Paris 30 avril 1883 (2), Cass. civ. 15 juil. 1895 (3), Trib. com. Lyon 10 fév. 1914 (4). Cette jurisprudence est approuvée par la doctrine : M. Vavasseur (t. 2, N° 890), MM. Houpin et Bosvieux (t. 2 N° 1115), M. Arthuys (N° 570), M. Pic (t. 3 N° 1544).

**594.** — Nous relevons par contre deux décisions dans le sens contraire : Lyon le 28 janv. 1890 (5) et Trib. com. Seine le 28 mai 1903 (6) qui disent que le quitus donné aux administrateurs ne couvre pas fatalement le commissaire.

Nous partageons pleinement cette manière de voir car l'assemblée, en prononçant le quitus à l'égard des administrateurs, se lie juridiquement uniquement vis-à-vis de ces derniers et non vis-à-vis des commissaires qui sont bien des tiers relativement à cette convention de quitus. Elle sera peut-être mal venue à vouloir retenir contre les commissaires une responsabilité pour des faits pour lesquels elle a donné quitus aux administrateurs, mais ceci, comme disait M. Kypling, est une autre histoire. Ni le mandat confié, ni les responsabilités encourues par les administrateurs d'une part et le commissaire d'autre part ne sont les mêmes et l'appréciation de l'assemblée doit être libre à l'égard de chacun de ces deux organes différents de la société, sans que son avis, prononcé au sujet du premier, implique automatiquement le même avis à l'égard du second.

C'est pour cette raison que nous ne pensons ni comme la doctrine, ni comme la majorité de la jurisprudence, car il nous semble que la question doit être résolue sur le terrain du droit et non dans le domaine de la commodité de la pratique.

---

(1) R. S. 83.614.

(2) R. S. 83.538 ; D. P. 85.II.18 ; J. S. 1885.2.

(3) P. F. 97.I.65 ; D. P. 96.I.31 ; J. S. 1896.20.

(4) J. S. 1915.287.

(5) D. P. 92.II.33 ; S. 93.2.52. G. P. 90.I.472 ; J. S. 1891.554 (S. C.).

(6) G. P. 03.II.241.

## CHAPITRE SIXIEME

## La prescription

**595.** — La responsabilité si lourde des commissaires aux comptes ne peut rester éternellement suspendue sur leur tête, tant au point de vue pénale qu'au point de vue civil; elle doit être couverte par la prescription. Quelle sera la durée de cette prescription? C'est ce que nous aurons à examiner dans ce chapitre en faisant la distinction entre la prescription relative à la responsabilité pénale et la prescription de la responsabilité civile.

## SECTION PREMIÈRE. — PRESCRIPTION DE L'ACTION PUBLIQUE

**596.** — Les faits délictueux punis par la loi de 1867 et la réforme de 1935 sont des véritables délits du droit pénal; dès lors, l'action publique, qui atteint de ce chef les commissaires aux comptes, se prescrit par trois ans, par application de l'article 638 du C. instr. crim. Aucune difficulté ne se présente à ce sujet.

**597.** — La prescription commence à courir du jour où le délit a été commis ou du jour du dernier fait délictueux, s'il s'agit d'un délit successif. Nous avons par ailleurs précisé dans notre étude détaillée sur la responsabilité pénale le point de départ des différentes prescriptions concernant chacun des délits qui y sont examinés.

## SECTION DEUXIÈME. — PRESCRIPTION DE L'ACTION CIVILE

**598.** — L'action civile peut être intentée d'une façon indé-

pendante comme action principale, ou elle peut se greffer comme action accessoire sur une action publique et intentée concurremment avec elle par le plaignant qui se constitue alors partie civile. Examinons tout d'abord cette dernière action.

**599.** — § 1. — L'action civile intentée concurremment avec l'action publique et ayant pour objet la réparation du dommage causé par un fait délictueux est régie au point de vue de la prescription par l'art. 638 du C. instr. crim. qui déclare formellement que cette action civile se prescrit par le même laps de temps que l'action publique, c'est-à-dire par trois ans. La loi n'a pas voulu que « les faits délictueux puissent être révélés et judiciairement constatés à une époque où la société et le ministère public étaient désarmés » (M. Labbé, J.S. 1881, p. 169).

**600.** — S'il ne peut y avoir de doute sur le principe, la pratique jurisprudentielle y a apporté une interprétation subtile et, sous l'influence de la Cour de Cassation elle-même, cet article 638 du C. instr. crim. qui solidarise les deux prescriptions a été progressivement vidé de son contenu. Cette jurisprudence se résume nettement dans l'arrêt de la Cour de cassation du 10 janv. 1900 qui déclare : « Attendu que les prescriptions établies par les lois criminelles ne s'appliquent aux actions civiles en responsabilité d'un dommage qu'autant que ces actions ont réellement et exclusivement pour cause un crime, un délit ou une contravention; que par suite l'action qui en dehors des faits délictueux puise son principe dans un contrat ou une disposition du droit civil, reste soumise à la prescription de droit commun ».

Ainsi, dans les hypothèses où l'action civile intentée contre le commissaire aux comptes repose non seulement sur un délit mais sur l'inexécution du mandat qui lui a été confié, la victime pouvait se prévaloir pendant les 30 ans du droit commun d'une action en responsabilité à exercer en dehors de l'action pénale.



**601.** — § 2. — En effet, le législateur de 1867 ayant été muet sur la question de la prescription de l'action civile, il fallait bien conclure à l'application du droit commun établi par l'art. 2262 C. civ. : « *Toutes les actions, tant réelles que personnelles, sont prescrites par trente ans* ».

Telle était la règle adoptée et elle laissait pratiquement planer sur les commissaires aux comptes la menace d'une action en responsabilité justifiée ou injustifiée pour le restant de leurs jours. Cette solution était devenue d'autant plus dangereuse que les responsabilités encourues ont été renforcées et aggravées considérablement par les décrets-lois de 1935 et que le quitus lui-même devenait une protection inopérante à l'égard des actionnaires et des tiers par suite du décret-loi du 31 août 1937, tel que nous venons de le constater dans le chapitre précédent. La même responsabilité trentenaire planant sur les administrateurs des sociétés, posait un problème parallèle à leur égard.

**602.** — Il faut donc considérer comme fort heureuses les modifications apportées par le décret-loi du 31 août 1937 qui est dû aux efforts du sénateur Lesaché et qui est sorti du projet de loi N° 4502, voté par le Sénat le 9 juillet 1936. Cette réforme de 1937 a consisté à faire ajouter à l'art. 17 de la loi de 1867 quatre alinéas nouveaux, dont les 4° et 5° concernent la question de la prescription. Dans la limitation qu'il apporte à la durée d'exercice de l'action en responsabilité civile, le décret-loi de 1937 envisage deux hypothèses, selon que les faits générateurs de l'action en responsabilité ont été ou n'ont pas été révélés à l'assemblée générale par un rapport des administrateurs ou des commissaires aux comptes. Nous devons donc examiner ces deux hypothèses.

**603.** — A) Visant l'hypothèse où les faits générateurs de l'action en responsabilité n'ont pas été révélés à l'assemblée générale, l'alinéa 4 de l'art. 17 nouveau décide : « *Les actions en*

*responsabilité contre les gérants ou les membres du conseil de surveillance* (étant donné le renvoi de l'art. 39 de la loi de 1867, il faut lire : contre les administrateurs ou commissaires aux comptes) *sont prescrites par trois années à compter de la date à laquelle se sont produits les faits pouvant donner ouverture aux dites actions, alors même que ceux-ci ne seraient pas constitutifs d'infraction à la loi pénale. Toutefois, si ces faits sont qualifiés crimes, la prescription demeure fixée à dix ans ».*

**604.** — La durée de la prescription civile a donc été ramenée de 30 ans à 3 ans ou à 10 ans et se trouve dorénavant en diapason avec la prescription pénale, ce qui ne peut être considéré que comme une innovation heureuse.

**605.** — On pourra peut-être craindre que le délai de trois ans ne soit pas suffisamment long pour rechercher et poursuivre les fautes des administrateurs et des commissaires et que la plupart des coupables échapperont ainsi à tout recours. En effet, bien souvent les délits et fautes envisagés ne se révèlent qu'au moment de la faillite, après avoir de longue date creusé un trou dans le patrimoine de la société.

Cependant, la théorie du délit successif permet dans la majorité des cas de faire valoir toute la chaîne des fautes accumulées dans le dernier bilan incriminé, même si ces fautes remontent au delà des trois années non prescrites.

**606.** — *B) Visant l'hypothèse où les faits sur lesquels est fondée l'action en responsabilité intentée aux commissaires aux comptes « ont été révélés à l'assemblée générale des actionnaires par un rapport des gérants (lire des administrateurs) ou du conseil de surveillance (lire du commissaire aux comptes) », l'alinéa 5 de l'art. 17 nouveau décide que « toute action en responsabilité... doit à peine de forclusion être intentée dans un délai d'un an à compter de la date de l'assemblée générale à laquelle ces rapports ont été soumis ».*

**607.** — Le décret-loi prend donc en considération la connaissance que les actionnaires ont pu avoir des faits qui légitiment leur action en responsabilité, et il les oblige à juste titre à se prononcer rapidement, au lieu de garder une position d'attente trop longtemps prolongée qui ne peut profiter qu'à des manœuvres de tergiversation et laisse planer une insécurité sur la tête du prétendu coupable et sur la saine gestion de la société.

**608.** — Il faut cependant, pour que la prescription annuelle puisse jouer, que la révélation soit faite dans un rapport du commissaire ou des administrateurs, qui peut sans doute être aussi bien le rapport général ordinaire fait à l'assemblée, que les rapports spéciaux prévus par les décrets-lois de 1935 au sujet des opérations et marchés faits avec les administrateurs (V. N<sup>os</sup> 230 et svts) et du droit préférentiel de souscription en cas d'augmentation du capital.

Par conséquent, la révélation faite à l'assemblée générale par un actionnaire ne peut pas être considérée comme suffisante pour faire courir la prescription d'un an, le législateur ayant eu parfaitement raison d'attribuer aux seuls rapports émanant des organes officiels de la société une valeur de publicité et de crédibilité, pouvant être considérés comme une quasi-mise en demeure de la société d'avoir à agir dans un délai raccourci.

**609.** — Enfin une dernière observation doit être présentée quant à la nature du délai d'un an. M. Solus (1), qui traite avec beaucoup de maîtrise toutes ces questions et à qui nous nous référons dans ces développements, fait justement ressortir que le législateur de 1937 a entendu instituer par le délai d'un an un véritable délai préfix et non pas une prescription abrégée, car il en impose l'observation « à peine de forclusion ». Les suspensions ou interruptions des prescriptions ordinaires ne s'appliquent donc pas à ce délai préfix et les commis-

---

(1) N<sup>o</sup> 196 et svts.

saires ne peuvent plus être inquiétés après ce délai, quoi qu'il arrive, si les autres conditions d'applications prévues par cet alinéa 5 nouveau de l'art. 17 sont remplies.

**610.** — Nous rappelons encore, pour être complet, que toute la réforme de 1937 ne concerne que l'action sociale et non l'action individuelle *ex delicto*, de sorte que cette dernière reste soumise à la prescription trentenaire de l'art. 2262 du Code civil.





## TITRE CINQUIÈME

### **Limitation des risques professionnels du commissaire aux comptes**

---

**611.** — Dans les chapitres précédents, nous avons vu la responsabilité menaçante qui pèse sur les commissaires aux comptes, surtout depuis que la réforme de 1935 a créé un nouveau statut des commissaires basé sur la permanence du contrôle.

Il est fort naturel que le commissaire cherche à se dégager de cette responsabilité écrasante en prenant certaines mesures de précaution. Bien entendu, il ne s'agit pas d'esquiver une responsabilité qui est encourue en toute justice par suite d'une faute ou d'une négligence du commissaire. Il s'agit uniquement des moyens légaux dont dispose le commissaire d'éviter ou d'atténuer tout au moins sa responsabilité, soit en faisant appel à l'assemblée générale, soit en ayant recours préventivement à l'autorité judiciaire, soit en donnant sa démission de commissaire aux comptes. Ces trois questions formeront les trois premiers chapitres du titre cinquième de cet ouvrage. Dans un quatrième et dernier chapitre, nous étudierons jusqu'à quel point le commissaire peut se garantir contre les conséquences de sa responsabilité par la voie de l'assurance. C'est ainsi que nous pensons faire œuvre utile au profit des commissaires aux comptes dont le métier a été élevé à la dignité d'une fonction publique, engendrant toutefois, en contre-partie, une lourde responsabilité non seulement vis-à-vis des actionnaires, mais également vis-à-vis des tiers et de l'économie nationale dans son ensemble.

## CHAPITRE PREMIER

**Appel à l'assemblée générale**

**612.** — Selon l'art. 32 de la loi du 24 juillet 1867, modifié par le décret-loi du 8 avril 1935, l'assemblée générale ordinaire des actionnaires désigne un ou plusieurs commissaires qui ont mandat de vérifier les comptes et notamment les inventaires et les bilans ainsi que les informations données sur les comptes de la société dans le rapport du conseil d'administration. Pour ce faire, les commissaires aux comptes peuvent à toute époque de l'année opérer les vérifications ou contrôles qu'ils jugent opportuns. Cet art. 32 précise ensuite « *qu'ils peuvent toujours convoquer l'assemblée générale des actionnaires en cas d'urgence* ».

**613.** — Par cette dernière phrase, l'art. 32 de la loi de 1867 consacre formellement le droit du commissaire aux comptes de faire appel à l'assemblée sur une difficulté qui s'est élevée. Il est à noter que cet art. 32 modifié par les décrets-lois de 1935 reproduit purement et simplement le texte même de l'alinéa dernier de l'art. 33 de la loi de 1867. La réforme de 1935 n'a donc rien innové à ce sujet et, depuis la loi de 1867, le commissaire a toujours eu le droit de convoquer l'assemblée générale en cas d'urgence.

Pratiquement, les commissaires n'en usaient cependant que très rarement. Ceci tient au fait que, avant 1935, les commissaires ne pouvaient procéder à leur travail de vérification que dans le délai de trois mois précédant l'assemblée générale (anc. art. 33). Point n'était donc besoin de convoquer spécialement une assemblée, puisque cette dernière devait se tenir

à une date relativement rapprochée. Ce n'est donc que depuis la réforme de 1935 que le droit des commissaires d'appeler à la décision de l'assemblée générale est devenu une réalité pratique.

**614.** — Ce droit, la loi le leur confère sans restrictions ni réserves autres que celle de l'urgence de la convocation. Ils peuvent donc l'exercer à toute époque de l'année pour n'importe quel motif, pourvu qu'il soit du ressort de la compétence de l'assemblée générale, sans distinction entre l'assemblée générale ordinaire et l'assemblée générale extraordinaire.

**615.** — Par ailleurs, le droit de convoquer l'assemblée générale est un droit formel qui touche l'ordre public comme toutes les dispositions de l'art. 32 de la loi du 24 juillet 1867 créant la charte de fonctionnement de la société anonyme. Il ne peut donc être ni supprimé, ni restreint, ni soumis à une condition par un texte des statuts ou une résolution de l'assemblée générale. Vainement l'on a prétendu que le commissaire ne peut agir qu'après refus du conseil d'administration de procéder lui-même à la convocation exigée par le commissaire aux comptes. La loi semble vouloir donner au commissaire pleine et entière liberté d'agir sous sa seule responsabilité. Elle a bien fait, car le commissaire est mandataire de la société et non point du conseil d'administration, et il y a lieu d'éviter toute espèce de subordination des fonctions du commissaire à celles du conseil d'administration, ces deux organes de la société devant fonctionner en complète indépendance l'un de l'autre et sur un pied d'égalité. Aussi la Cour de Montpellier a-t-elle jugé le 29 janvier 1937 (1) que « ce droit (celui de convoquer l'assemblée générale) est sans restriction ni réserve dès que la condition d'urgence se trouve réalisée; que, de même, il (le commissaire) n'avait pas, avant d'agir, à mettre la majorité du conseil en demeure de le faire... »

---

(1) G. P. 37.1.677.



**616.** — Par contre, s'il n'est pas permis aux statuts de la société de supprimer ou d'entraver l'exercice du droit de convocation du commissaire, ils peuvent réglementer l'exercice de ce droit en prescrivant p. ex. le lieu de réunion ou un mode ou délai de convocation spécial, non contraire, bien entendu, aux prescriptions générales de la loi. Mais serait nulle une clause qui réserverait au conseil d'administration le choix du lieu ou du local de la réunion (Trib. Com. Seine 9 mars 1892 (1) ou qui conférerait à ce dernier la rédaction de la convocation ou de l'ordre du jour (Paris 13 nov. 1890 (2), car le droit de convocation comporte celui de fixer l'ordre du jour de l'assemblée (Trib. Com. Seine 7 juin 1901 (3) comme celui de présider l'assemblée.

**617.** — Si donc le droit du commissaire de convoquer librement l'assemblée générale est incontestable, on peut se demander si ce droit ne devient pas, dans certaines circonstances, un devoir. Le texte de la loi semble infirmer cette thèse. En effet, l'art. 32 actuel comme l'ancien art. 33 disent formellement : *« Ils peuvent toujours convoquer l'assemblée générale des actionnaires en cas d'urgence »*. Pourquoi le législateur, s'il avait voulu en faire un devoir au commissaire, n'a-t-il pas dit : *« Ils doivent... »* au lieu de dire *« Ils peuvent... »* ?

Cet argument de texte nous paraît à tel point décisif que nous estimons qu'un commissaire ne saurait être recherché que très difficilement en responsabilité pour le simple motif d'avoir négligé d'en appeler à l'assemblée générale.

Ceci cependant ne semble pas être l'avis d'une partie de la doctrine (MM. Lyon-Caen et Renault t. II, N° 841; Pont t. II, N° 1697) qui considère que le commissaire doit veiller et pousser, s'il en est besoin, un cri d'alarme. Dans cet ordre d'idées s'est également prononcé le trib. de comm. de Nantes le

---

(1) J. S. 1892.246.

(2) D. P. 92.II.159 ; R. S. 92.II.210 ; J. S. 1891.481.

(3) J. S. 1902.174 ; G. P. 01.I.763.

11 déc. 1897 (1), qui a condamné un commissaire pour non convocation de l'assemblée, tout en lui accordant des circonstances atténuantes, puisque sa bonne foi a été reconnue et puisque rien ne pouvait éveiller son attention sur la nécessité de convoquer l'assemblée.

Mais nous persistons à croire qu'en présence du texte formel de l'art. 32 de la loi de 1864, le droit du commissaire de convoquer l'assemblée générale est en principe une simple faculté. Cela ne veut pas dire que nous encourageons les commissaires à rester dans une inactivité complète si le besoin de réunir une assemblée générale se fait impérieusement sentir, car, outre leur devoir moral de sauvegarder les intérêts de la société dont ils forment un rouage de première importance, les commissaires ont certainement le devoir de rendre compte à l'assemblée générale de l'exécution de leur mandat; ce devoir, combiné à la faculté que la loi leur donne de convoquer cette assemblée, peut éventuellement devenir générateur d'une responsabilité, si le conseil d'administration s'obstine p. ex. à ne point réunir l'assemblée générale dans les délais impartis par la loi ou les statuts. Mais encore faut-il qu'il y ait « urgence » de convoquer l'assemblée, et tout ce chapitre est subordonné à cette notion d'urgence que nous devons essayer de préciser maintenant.

**618.** — Bien entendu, la notion de l'urgence est essentiellement une question d'appréciation et il appartient aux commissaires d'apprécier l'état d'urgence sous leur propre responsabilité et selon leur conscience. Cette question de la constatation d'urgence domine tout le problème. C'est ainsi que la Cour de Cassation a proclamé le 4 juin 1883 (2) que la seule omission de la convocation n'engage pas la responsabilité si l'urgence n'est pas constatée par les juges du fond.

L'urgence, cependant, ne se confond pas avec l'intérêt; il y a urgence quand l'inaction fait courir un danger qui compromet

---

(1) R. S. 1898.273 ; J. S. 1898.130.

(2) D. P. 83.I.385 ; S. 84.I.113 ; G. P. 842.121 ; R. S. 83.589 ; P. ch. 83.I.204.

les intérêts nés et actuels de la société, et la simple éventualité d'une opération avantageuse qui augmenterait les bénéfices de la société est insuffisante pour justifier l'application de l'art. 33. Les commissaires aux comptes ne peuvent que sauvegarder les intérêts mis en péril; ils n'ont pas à s'immiscer dans les mesures qu'il convient de prendre pour rendre meilleure et plus profitable l'administration de la société. *A fortiori* doit-on refuser l'exercice d'un droit de convocation quand l'intérêt de quelques actionnaires ou d'un groupement d'actionnaires seulement est en jeu.

**619.** — Dans cette question fort délicate, le geste du commissaire qui croit devoir agir dans l'intérêt de la société en convoquant l'assemblée générale court le grand danger d'être taxé d'inopportunité et la jurisprudence a elle-même jugé d'une façon fort inconstante. Mais elle a une tendance nette à reconnaître l'urgence chaque fois que le commissaire agit dans le véritable intérêt de la société.

C'est ainsi que la Cour de Paris a déclaré le 13 nov. 1890 (1) que l'urgence est suffisamment justifiée lorsque les commissaires ont été saisis de réclamations de nombreux actionnaires sur la situation de la société et spécialement lorsque l'assemblée, dans la pleine liberté que lui laissait la convocation, a voté à une grande majorité le changement total du conseil d'administration. La Cour de Paris a donc estimé que le vote de l'assemblée changeant de conseil d'administration contient en lui-même la justification de l'initiative du commissaire.

Bien que nous approuvions la Cour dans le résultat de sa décision, nous jugeons dangereux et peu juridique de subordonner le geste du commissaire à l'attitude, à la ratification de l'assemblée, surtout avant les réformes de 1935-1937, c'est-à-dire pendant une époque où l'influence du conseil d'administration sur les décisions de l'assemblée était encore directe et souvent omnipotente.

---

(1) D. P. 92.II.159 ; S. 92.II.210 ; J. S. 1891.481.

La Cour de cassation a jugé le 29 juin 1925 (1) qu'il y aurait encore urgence si, les pouvoirs des administrateurs ayant pris fin, la société était tombée en état de désarroi complet par suite de la faillite de l'administrateur délégué.

Plus récemment encore la Cour de Montpellier a dit le 29 janvier 1937 (2) que le commissaire, « saisi officiellement d'une situation fâcheuse et préjudiciable à tous égards aux intérêts de la société, a pu légitimement penser qu'il n'était pas possible d'attendre l'assemblée générale et qu'il était nécessaire d'en appeler sans retard aux actionnaires ».

**620.** — Il est donc permis de conclure d'une manière plus générale, que les commissaires pourront user de leurs prérogatives toutes les fois qu'ils auront des présomptions graves que la société court un danger certain (M. Pic N° 1536). Tel sera le cas, p. ex., si le conseil d'administration néglige de réunir l'assemblée générale annuelle dans les délais statutaires, malgré la situation compromise de la société.

Dans l'arrêt précité de la Cour de Montpellier du 29 jan. 1937 (2) le commissaire a été considéré comme ayant été en droit de convoquer immédiatement l'assemblée générale, du moment que l'administrateur délégué, d'accord avec deux membres du conseil d'administration, l'avait averti que la mésentente existant entre les membres du conseil d'administration empêchait l'administrateur délégué d'assurer avec l'autorité indispensable la bonne marche de la société. Le commissaire fut ainsi alarmé et a usé de son pouvoir pour soumettre à l'assemblée générale convoquée par lui le dissentiment existant dans le sein du conseil d'administration et qui menaçait l'existence même de la société.

Le commissaire peut aussi convoquer l'assemblée dans le cas de perte des trois quarts du capital social, prévu par l'art. 37

---

(1) J. S. 1926.161 ; D. H. 1925.593 ; G. P. 25.II.499.

(2) G. P. 37.I.677.



de la loi du 24 juillet 1867, alors que le conseil reste inactif. Il peut le faire également quand la société lui paraît gérée contrairement aux statuts (opérations contraires à l'objet social) ou quand le conseil, après des démissions d'administrateurs, ne se complète pas alors qu'il devrait le faire, etc., etc...

**621.** — Mais le commissaire, par contre, doit se méfier d'un zèle excessif qui pourrait entraver le bon fonctionnement de la société en jetant un cri d'alarme prématuré et injustifié. Il est intéressant de citer, à cet égard, l'arrêt de la Cour de Besançon du 12 déc. 1938 (1). « La vie de la société, dit cette Cour, devant s'orienter et se poursuivre en conformité de ses statuts et dans le but de satisfaire le seul intérêt social, sont nulles, pour abus de droit, toutes manifestations contraires ainsi que toutes délibérations qui, bien que prises aux conditions de majorité exigées, n'ont en vue que des considérations d'intérêts particuliers au détriment de l'intérêt général. Notamment est nulle la convocation d'une assemblée générale d'actionnaires faite par le commissaire aux comptes, à la demande de deux administrateurs, alors que le bilan de la société n'était pas déficitaire, que la marche de celle-ci se continuait normalement; ainsi il n'y avait aucune urgence, mais l'intention de servir les intérêts particuliers de ces deux administrateurs. »

Peu de temps auparavant, le trib. de comm. de Bordeaux avait refusé dans son jugement du 19 juillet 1937 (2) de reconnaître le droit d'un commissaire qui avait convoqué le 5 mai 1937 pour le 21 juin 1937 une assemblée générale extraordinaire, alors qu'une assemblée ordinaire avait été convoquée pour le 10 mai et que le commissaire aurait pu demander au conseil d'administration de mettre à l'ordre du jour de l'assemblée du 10 mai les questions qu'il désirait soumettre aux actionnaires.

Nous voyons réapparaître dans ce jugement l'influence de l'avis du conseil d'administration, contre lequel nous nous

---

(1) G. T. 18 mars 1939.

(2) B. S. C. C. 1938.168.

sommes prononcés plus haut (V. N° 615). Toutefois il nous semble utile dans la mesure du possible que le commissaire saisisse toujours les administrateurs, pour se mettre à l'abri de toute interprétation jurisprudentielle contraire à notre propre opinion et aussi pour se garantir contre les dangers qu'une convocation abusive lui ferait courir.

**622.** — En effet, c'est sous leur responsabilité que les commissaires agissent; l'assemblée générale apprécie et elle peut refuser de prendre à la charge de la société les frais d'une convocation qu'elle juge intempestive. Ces frais auxquels donnent fatalement lieu la convocation et la réunion d'une assemblée générale doivent être avancés par le commissaire qui fait la convocation; mais il a normalement le droit de se faire rembourser par la caisse sociale, car la convocation est en définitive faite pour le compte de la société et en exécution d'un mandat donné par elle (V. art. 1999 Code civil).

En présence du danger d'avoir à supporter personnellement tous ces frais si le caractère d'urgence n'est pas reconnu, les commissaires hésitent le plus souvent à prendre cette initiative qui pourrait être cependant fort utile. On peut donc regretter que la loi n'ait pas mis définitivement à la charge de la société les frais inhérents à la convocation de l'assemblée générale, si cette convocation a été faite en toute bonne foi dans l'intérêt présumé de la société.

**623.** — Il faut se demander maintenant quel est le fonctionnement d'une assemblée convoquée par le commissaire. Il convient avant tout de veiller à ce que toutes les prescriptions légales et statutaires soient scrupuleusement observées. Le commissaire convoquant a, à ce sujet, les mêmes droits et la même responsabilité que le conseil d'administration.

C'est au commissaire qui a fait la convocation qu'échoit la présidence au moins provisoire de l'assemblée, à moins qu'il ne préfère faire désigner au début de la séance même, une tierce personne pour remplir cette fonction.

**624.** — Précisons également que le droit de convoquer extraordinairement en cas d'urgence les actionnaires n'implique pas que les assemblées ainsi convoquées soient extraordinaires; c'est la nature de la décision à soumettre aux actionnaires et non point le mode de convocation qui détermine à quel titre est tenue l'assemblée (Trib. Comm. Seine 9 mars 1892 (1)).

**625.** — Il nous reste à étudier un dernier point : quelle est la solution à adopter en cas d'existence de plusieurs commissaires ayant un avis divergent au sujet de la convocation d'une assemblée générale ?

Si les statuts ne donnent pas à chaque commissaire le droit d'agir séparément, la convocation ne peut être faite que par tous les commissaires. Il nous semble toutefois recommandable que le commissaire qui ne peut faire prévaloir son avis et obtenir la convocation de l'assemblée, s'adresse à l'autorité judiciaire qui peut nommer un administrateur judiciaire *ad hoc*.

Ajoutons encore qu'il a été jugé que, si les commissaires ont, d'après les statuts, le droit d'agir ensemble ou séparément, un seul d'entre eux ne peut, à l'insu de l'autre, convoquer l'assemblée. Et pourtant, dans l'hypothèse envisagée, les statuts autorisaient bien les commissaires à agir séparément, et c'est pour cette raison que nous critiquons au point de vue du droit pur le jugement dont il s'agit.

---

(1) J. S. 1892.246.

## CHAPITRE DEUXIEME

**Recours aux tribunaux**

**626.** — Dans le chapitre précédent nous avons vu que le commissaire aux comptes dispose du droit de convoquer, en cas d'urgence, l'assemblée générale et de la faire éventuellement juge et arbitre d'un conflit qui l'oppose au conseil d'administration et qui menace les intérêts de la société.

Ce droit, si précieux qu'il soit, n'est cependant pas suffisant pour protéger dans certains cas le commissaire ou la société. Il en est ainsi chaque fois qu'il y a réellement urgence et danger, car la convocation d'une assemblée générale doit se faire en respectant les délais légaux et entraîne ainsi une perte de temps précieux, pouvant aller jusqu'à compromettre l'utilité même de la mesure.

Il en est ainsi si le conflit oppose le commissaire au conseil d'administration dans une question qui ne présente pas pour la société un intérêt vraiment important, tel qu'un refus de communication des livres et documents opposé au commissaire par le conseil d'administration.

Souvent, dans ces derniers cas, le conseil adopte une attitude réellement répréhensible et justifiant la dénonciation au Parquet prévue par l'art. 34 de la loi du 24 juillet 1867. Cependant, il n'en est pas toujours ainsi, et le commissaire peut n'avoir comme moyen de défense que le recours aux tribunaux civils, qui lui est possible, en vertu de l'art. 417 du C. de procédure civile.

« Dans les cas qui requerront célérité, dit cet article 417, le président du tribunal pourra permettre d'assigner, même de jour à jour et d'heure à heure... Ses ordonnances seront exécutoires nonobstant opposition ou appel. » Grâce à cette dispo-



sition, le commissaire peut s'adresser au tribunal pour engager un procès requérant célérité, et il peut espérer obtenir assez rapidement gain de cause.

**627.** — Cependant, ces facilités ne sont pas encore suffisantes pour permettre d'opérer avec toute la rapidité éventuellement souhaitable, car, ne l'oublions pas, l'art. 417 ne concerne que les délais d'assignation et non point le fond du procès lui-même qui doit donner lieu à un jugement régulier ouvrant les voies d'opposition et d'appel.

On a songé alors à permettre d'invoquer, en cas de réelle urgence, la procédure du référé, réglée par les art. 806 à 811 du Code de procédure civile. Tandis que les jugements par défaut des tribunaux de commerce sont soumis à l'opposition, il n'en est pas de même pour les ordonnances de référé par défaut; tandis que le délai d'appel est de deux mois pour les jugements des tribunaux de commerce, il n'est que de quinze jours en matière de référé. Enfin, le juge du référé peut ordonner l'exécution sur minute de ses ordonnances, droit qui n'appartient pas aux tribunaux de commerce.

**628.** — Quoiqu'il eût été hautement utile donc de permettre le recours à cette procédure ultra-rapide pour les affaires commerciales en général et pour les commissaires aux comptes en particulier, une forte partie de la doctrine et la jurisprudence dominante n'ont pas admis le recours en référé en matière commerciale, prétextant que la procédure du référé appartient uniquement au président du tribunal de première instance en vertu de l'art. 807 C. Procédure civ. Ainsi fut jugé entre autre par la Cour d'Alger le 27 avr. 1904 (1).

**629.** — Cependant, on a pu invoquer le texte même de cet art. 806 du C. de Proc. civ. pour soutenir la solution contraire, car cet article ne fait aucune distinction entre les affaires

---

(1) D. P. 05.II.310.

purement civiles et les affaires commerciales, en instituant la procédure du référé « dans tous les cas d'urgence ». Se sont prononcés en faveur de cette solution M. Garsonnet (1) et M. Bertin (2), suivant ainsi un vieil arrêt de la Cour de Nancy du 6 juil. 1850 (3).

**630.** — Il était donc devenu nécessaire d'agir par voie législative pour introduire le référé devant les tribunaux de commerce, réforme qui fut réalisée par la loi du 11 mars 1924. Voici le texte de l'article unique de cette loi : « *L'art. 417 du Code de procédure civile est complété par les paragraphes suivants : Le président du tribunal de commerce ou le juge qui le remplace pourra être saisi par la voie du référé, dans tous les cas d'urgence, à la condition qu'ils rentrent dans la compétence des tribunaux de commerce. Les art. 807 du Code de procédure civile sont applicables aux référés en matière commerciale.* »

Désormais, il ne sera plus nécessaire d'avoir recours à une instance principale pour obtenir certaines mesures urgentes, car la voie du référé commercial est largement ouverte aux commissaires aux comptes en cas de besoin urgent. (V. rapport de M. Guillaume Poulle, 12 fév. 1924, annexe N° 72 J. O. 17 mai 1924 p. 46).

**631.** — Les règles qui régissent cette nouvelle voie du référé commercial sont celles qui s'appliquent au référé civil. Il en résulte une restriction des plus importantes : seules sont admissibles les demandes basées sur un cas de véritable urgence. Car, si le juge de référé est compétent d'une manière générale toutes les fois qu'il y aura urgence (Cass. Requ. 3 déc. 1900 (4), Angers 24 fév. 1904 (5), Bordeaux 31 janv. 1899 (6), il ne peut statuer

---

(1) § 2989, p. 290.

(2) T. 2, N° 150.

(3) D. P. 51.II.112.

(4) D. P. 1900.I.584 ; S. 68.I.1902.

(5) D. P. 06.II.126.

(6) D. P. 99.II.112.

sur une demande qui ne présente aucun caractère d'urgence (Dijon 18 juil. 1893 (1); Montpellier 29 mai 1895 (2); Angers 27 mai 1905 (3); Cass. requ. 7 nov. 1906 (4).

Il est difficile de définir en termes précis la notion de l'urgence. On l'interprète généralement en ce sens qu'il y a urgence chaque fois qu'il y a un péril pressant, chaque fois qu'un retard entraînerait un préjudice irréparable (Paris 25 janv. 1917 (5). Généralement, le conflit entre le commissaire d'une part et le conseil d'administration d'autre part, qui est le cas le plus fréquent donnant lieu au recours devant la juridiction du référé, ne présente pas le caractère d'une telle urgence. Mais l'attitude hostile des administrateurs, leur refus de soumettre au contrôle du commissaire les livres et documents auxquels il a droit laissent éventuellement supposer des irrégularités et justifie l'intervention urgente d'une décision de justice, permettant au commissaire de procéder aux vérifications que la loi lui impose impérativement et d'une façon permanente.

**632.** — Quoi qu'il en soit, la question de savoir s'il y a urgence est une question de fait que le juge du référé apprécie souverainement (Cass. civ. 13 juil. 1871 (6); Cass. Requ. 14 mars 1882 (7); Cass. Requ. 10 mai 1898 (8); Bordeaux 31 janv. 1899 (9); Cass. civ. 5 déc. 1912 (10); Cass. Requ. 7 fév. 1933 (11).

**633.** — Les pouvoirs du juge du référé sont des plus larges à la condition que ces décisions n'aient qu'un caractère provisoire conformément à l'art. 806 du Code de proc. civile et ne

---

(1) D. P. 94.II.368.

(2) D. P. 95.II.391.

(3) D. P. 07.I.12.

(4) D. P. 07.I.13.

(5) D. P. 17.2.113; G. T. 25 août 1917.

(6) D. P. 71.I.831.

(7) D. P. 82.I.241.

(8) D. P. 98.I.388.

(9) D. P. 99.II.112.

(10) D. P. 12.I.121.

(11) D. H. 33.147; G. P. 33.I.833; G. T. 22 août 1933.

préjudicie pas au principal si le conflit doit être porté devant la juridiction régulière (Reims 4 janv. 1862 (1); Cass. civ. 7 nov. 1921 (2); Grenoble 13 juil. 1872 (3); Requ. 20 juil. 1893 (4). Le juge des référés a donc le droit d'ordonner aux dirigeants de la société toutes les mesures qui facilitent au commissaire l'exécution de sa mission et qui sont légalement exigibles par ce dernier.

**634.** — Mais inversement, le juge des référés a également le pouvoir de réduire l'activité du commissaire dans ses limites légales. Il pourra ainsi prescrire la restitution des livres de la société, si le commissaire les avait emportés pour vérification chez lui contre le gré des dirigeants, ou s'il entravait par une série de mesures inopportunes et vexatoires de contrôle, le bon fonctionnement de la société.

**635.** — Une dernière question peut se poser, relative à la compétence *ratione materiæ* et à la compétence *ratione loci*.

Le juge compétent *ratione materiæ* est le président du tribunal de commerce ou le juge qui le remplace. Le texte de la loi (V. N° 630) n'admet pas une autre interprétation; c'est donc à tort qu'une partie de la doctrine a soutenu que le président du tribunal civil statuant en matière commerciale est compétent.

Quant à la compétence *ratione loci*, les parties peuvent s'adresser au juge des référés du lieu où les mesures urgentes doivent être prises, alors même que la compétence pour juger le fond du conflit appartiendrait au tribunal d'un autre arrondissement (trib. com. Romans 14 mai 1924 (5). En outre est également compétent le juge du lieu où est né l'incident (Poitiers 25 nov. 1935 (6).

(1) D. P. 62.II.80.

(2) D. P. 25.I.165; G. P. 21.II.563.

(3) D. P. 76.II.164.

(4) D. P. 93.I.507.

(5) D. P. 25.II.6; G. P. 24.II.81.

(6) D. H. 36.77.



## CHAPITRE TROISIEME

## Démission du commissaire aux comptes

636. — Pour dégager sa responsabilité, le commissaire peut, nous l'avons vu, faire appel à l'assemblée générale ou aux tribunaux, voire même au juge des référés. Ces appels supposent nécessairement un conflit dans lequel le commissaire joue et jouera un rôle actif et qui lui impose des débours dont le remboursement peut devenir aléatoire. Il est donc humainement compréhensible que le commissaire en face du conflit naissant désire éviter tout cela et qu'il songe à donner sa démission, éventuellement pour « raison de santé », afin de ne point être dans l'obligation de convoquer d'urgence l'assemblée ou d'avoir recours aux tribunaux et même au Parquet en vertu du nouvel art. 34 de la loi du 24 juillet 1867.

Quelle est la valeur d'une démission intervenue dans ces circonstances ?

637. — Il est certain que le commissaire aux comptes, comme tout mandataire, peut résigner ses fonctions avant l'expiration de son mandat, l'*art. 2007* du Code civil déclarant formellement que « *le mandataire peut renoncer au mandat, en notifiant au mandant sa renonciation* ». Le nouvel *art. 32* de la loi précitée de 1867 prévoit du reste ce cas d'une façon indirecte en stipulant qu'« *en cas d'empêchement ou de refus d'un ou de plusieurs des commissaires nommés, il est procédé à leur nomination ou à leur remplacement par ordonnance du président du tribunal de commerce du siège de la société, à la requête de tout intéressé, les administrateurs dûment appelés* ». Ce droit de démission a été formellement reconnu par le trib. civ. de la Seine le 18 fév. 1885 (1).

---

(1) J. S. 1885.503.

638. — La démission donnée par le commissaire n'a pas besoin d'être motivée, car c'est pour lui un droit absolu de mandataire. Mais elle ne doit être ni intempestive, ni inopportune, car l'art. 2007 du Code civil stipule que... « *si cette renonciation préjudicie au mandant, il devra en être indemnisé par le mandataire* ». Il ne faut donc pas que la société subisse un préjudice du fait d'une démission inconsidérée (V. cass. civ. 27 déc. 1873 (1); trib. com. Seine 23 oct. 1890 (2)).

Ce préjudice peut être aussi bien pécuniaire que moral. Il est pécuniaire, si la société, afin d'éviter la nomination d'office d'un commissaire par le tribunal en vertu de l'art. 32 précité, convoque une assemblée générale en vue de procéder au remplacement du commissaire défaillant. Cette mesure est légitime, car la désignation d'un commissaire par le président du tribunal est simplement facultative et doit suppléer à la carence éventuelle de la société. (Conf. M. Solus N° 250). Dans ces conditions, les frais de la convocation et de la tenue de l'assemblée sont à la charge du commissaire qui a agi légèrement.

Le préjudice est d'ordre moral et la société pourrait demander des dommages-intérêts au commissaire en faute si elle avait subi un discrédit résultant du départ bruyant et sans raison valable du commissaire, laissant croire qu'il se passe des choses irrégulières et insolites dans l'affaire. Et les conséquences d'un tel préjudice peuvent être énormes pour la vie et le bon fonctionnement de la société.

639. — Le commissaire aux comptes s'expose donc à des conséquences considérables en donnant sa démission à contretemps sans obtenir par ailleurs le résultat recherché, à savoir le dégagement de la responsabilité déjà encourue. Car, si la démission donnée dégage entièrement sa responsabilité pour l'avenir, elle ne supprime ni atténue celle qui résulte des actes antérieurs. Il doit répondre de tous les actes qu'il a accomplis

---

(1) D. P. 73.I.331.

(2) R. S. 1891.207 ; J. S. 1891.23.

ou qu'il aurait dû accomplir pendant tout le temps qu'a duré son mandat, et la démission intervenue pour éviter de convoquer d'urgence l'assemblée générale ou pour relater les fautes des administrateurs découvertes ne saurait dégager la responsabilité du commissaire (Conf. MM. Houpin et Bosvieux, t. II, N° 1115).

Nous allons même plus loin. Depuis que la réforme de 1935 a institué la permanence de contrôle, le commissaire démissionnaire a le devoir d'assurer l'exécution du mandat qui lui est confié jusqu'au moment où il peut passer sa mission de contrôle à un successeur régulièrement désigné par une assemblée générale ou par le président du tribunal, cette dernière désignation éventuellement faite à la requête du commissaire démissionnaire. Ce n'est donc qu'à partir de ce moment que la démission du commissaire produit effet et, bien entendu, pour l'avenir seulement, car il serait inadmissible qu'il pût, par une démission habile, éluder les responsabilités encourues.

640. — Bien entendu, la démission imposée au commissaire par le nouvel art. 33 de la loi de 1867 (V. N° 363) en cas de survenance d'une incompatibilité produit effet plein et entier à partir du jour même où survient l'incompatibilité, car le dit art. 33 oblige le commissaire à « *cesser immédiatement l'exercice de ses fonctions* ». Nous sommes en face d'une exception légale à la règle générale que nous avons exposée et cette exception est pleinement justifiée, étant donné les motifs particuliers qui l'ont fait adopter par le législateur.

## CHAPITRE QUATRIEME

### L'assurance en matière de responsabilité

**641.** — Nous avons vu dans cette étude sur la responsabilité civile et pénale du commissaire aux comptes combien pèsent sur la fonction censoriale de graves menaces. Point n'est besoin, pour que ces menaces se réalisent, que le commissaire agisse de mauvaise foi ou dans une intention dolosive; le mécanisme de la nouvelle responsabilité peut se déclencher dans de nombreux cas pour une simple faute légère, l'ignorance d'une prescription secondaire, et les conséquences pécuniaires peuvent devenir ruineuses. Il est donc naturel que les commissaires aux comptes et les plus consciencieux éprouvent le besoin de se couvrir par une assurance contre les redoutables risques encourus, tel que le font depuis fort longtemps déjà les notaires, les avoués et les huissiers.

**642.** — Il est évidemment impossible d'assurer la responsabilité pénale du commissaire qui se traduit par une condamnation à une peine corporelle ou à une amende pénale à laquelle viennent s'ajouter les décimes additionnels. Cependant, la question s'était posée pour les décimes additionnels, étant donné qu'ils ont leur source dans une loi fiscale et non dans une loi pénale. Mais un décret-loi du 30 octobre 1935 visant spécialement les amendes prononcées contre les automobilistes en cas d'accident a interdit d'assurer les centimes additionnels et ceci est justice, car ces centimes additionnels représentent juridiquement non point une ressource fiscale supplémentaire pour l'Etat, mais une adaptation des anciennes amendes à la dévalorisation successive de la monnaie.



643. — En ce qui concerne la responsabilité civile, elle peut être couverte par une assurance sous toutes les formes que cette responsabilité civile peut prendre, soit qu'elle découle directement du commissaire aux comptes, soit qu'elle provienne du fait d'un employé du commissaire. Un contrat d'assurance bien étudié doit donc également prévoir ce dernier risque bien que, en principe, nous ayons déconseillé l'emploi d'un aide au commissaire comme étant incompatible avec l'*intuitus personæ* que comporte le mandat censorial (V. N° 130 et svts).

Nous nous rallions également à la suggestion faite par M. Espinadel dans son livre remarquablement simple et pratique : « Les commissaires et les administrateurs de sociétés par actions » (1) qui fait ressortir sous le N° 473 l'avantage d'une clause à insérer dans le contrat d'assurance, selon laquelle l'assureur s'engage, sous réserve de l'accord du tiers lésé, à accepter la responsabilité de l'assuré à son lieu et à sa place afin d'éviter à celui-ci l'obligation d'aller personnellement plaider devant les tribunaux. Cette clause est extrêmement intéressante, car le fait même d'être poursuivi en responsabilité devant un tribunal peut causer un préjudice considérable aux commissaires aux comptes.

VU et permis d'imprimer :  
Le Recteur de l'Académie de Paris,  
Gustave ROUSSY.

VU : Le Doyen,  
L'assesseur,  
Gilbert GIDEL.

VU : Le Président,  
J. PERCEROU.

---

(1) Ed. Albin Michel, Paris.

## Tableau chronologique des arrêts et jugements cités

Abréviations : C. Civ. = Cassation chambre civile.  
 C. Crim. = — — — criminelle.  
 C. Requ. = — — — des requêtes.  
 VILLE en majuscules = Cour d'appel de cette ville.  
 T. Civ. = Tribunal civil.  
 T. Com. = — de commerce.  
 T. Corr. = — correctionnel).

| Année | Date        |                   | N°  |
|-------|-------------|-------------------|-----|
| 1850  | 6 juillet   | Nancy             | 629 |
| 1859  | 20 août     | Poitiers          | 128 |
| 1862  | 4 janvier   | Rennes            | 633 |
|       | 15 janvier  | C. Requ.          | 151 |
| 1863  | 3 mai       | C. Requ.          | 209 |
| 1864  | 8 juin      | Lyon              | 221 |
|       | 16 août     | Caen              | 18  |
|       |             | —                 | 111 |
|       |             | —                 | 221 |
| 1866  | 31 octobre  | T. Com. Marseille | 144 |
| 1867  | 4 mars      | C. Requ.          | 198 |
|       | 24 avril    | C. Civ.           | 190 |
|       | 3 juillet   | Colmar            | 151 |
|       | 30 juillet  | Paris             | 53  |
|       |             | —                 | 232 |
|       | 14 août     | Metz              | 18  |
|       |             | —                 | 44  |
|       |             | —                 | 221 |
|       |             | —                 | 324 |
| 1868  | 18 août     | C. Requ.          | 19  |
| 1869  | 13 janvier  | C. Requ.          | 18  |
|       |             | —                 | 72  |
|       |             | —                 | 86  |
|       | 26 mai      | C. Civ.           | 151 |
|       |             | —                 | 565 |
|       | 3 juin      | Colmar            | 169 |
|       | 18 août     | C. Requ.          | 18  |
|       | 14 décembre | C. Civ.           | 201 |
| 1870  | 11 mai      | C. Civ.           | 201 |
| 1871  | 24 juin     | Lyon              | 18  |
|       |             | —                 | 109 |
|       |             | —                 | 209 |
|       | 13 juillet  | C. Civ.           | 632 |
| 1872  |             | Grenoble          | 633 |
| 1873  | 15 avril    | C. Requ.          | 147 |
|       | 2 juillet   | C. Requ.          | 254 |
|       | 11 juillet  | Lyon              | 18  |
|       |             | —                 | 144 |
|       |             | —                 | 147 |
|       |             | —                 | 154 |

| Année | Date        |                  | N°  |
|-------|-------------|------------------|-----|
|       | 11 juillet  | Lyon             | 162 |
|       | 27 décembre | C. Civ.          | 638 |
| 1874  | 26 janvier  | Paris            | 577 |
| 1875  | 10 mars     | Angers           | 172 |
| 1876  | 8 mars      | C. Requ.         | 103 |
|       | 8 mars      | —                | 172 |
|       | 17 mai      | C. Requ.         | 191 |
|       | 5 juillet   | Angers           | 151 |
|       | —           | —                | 153 |
|       | 17 juillet  | C. Requ.         | 18  |
|       | —           | —                | 109 |
| 1877  | 20 février  | C. Civ.          | 591 |
| 1878  | 15 janvier  | C. Requ.         | 222 |
| 1879  | 12 février  | C. Civ.          | 151 |
|       | —           | —                | 153 |
| 1880  | 15 novembre | C. Requ.         | 579 |
|       | 14 décembre | Paris            | 103 |
|       | —           | —                | 151 |
|       | 23 décembre | T. Com. Seine    | 18  |
| 1881  | 30 juillet  | Orléans          | 112 |
|       | —           | —                | 162 |
|       | —           | —                | 202 |
|       | —           | —                | 206 |
| 1882  | 3 février   | T. Com. Grenoble | 206 |
|       | 14 mars     | C. Requ.         | 632 |
|       | 30 juin     | Paris            | 593 |
| 1883  | 30 avril    | Paris            | 593 |
|       | 4 juin      | C. Civ.          | 18  |
|       | —           | —                | 169 |
|       | —           | —                | 229 |
|       | —           | —                | 618 |
|       | 23 juin     | C. Crim.         | 315 |
|       | 30 juin     | Paris            | 18  |
|       | 4 juillet   | Aix              | 117 |
|       | 14 novembre | T. Com. Seine    | 110 |
|       | 27 décembre | Paris            | 18  |
| 1884  | 12 août     | Lyon             | 106 |
|       | —           | —                | 162 |
|       | 28 novembre | T. Com. Seine    | 118 |
|       | —           | —                | 209 |
| 1885  | 18 février  | T. Civ. Seine    | 637 |
|       | 23 février  | C. Requ.         | 590 |
| 1886  | 8 janvier   | T. Civ. Seine    | 18  |
|       | —           | —                | 110 |
|       | —           | —                | 117 |
|       | —           | —                | 144 |
|       | —           | —                | 162 |
|       | —           | —                | 175 |
|       | 24 mai      | Bordeaux         | 112 |
|       | 4 juin      | C. Crim.         | 265 |
|       | 26 juin     | T. Civ. Nantes   | 169 |
|       | 9 juillet   | Paris            | 187 |
| 1887  | 18 mars     | Paris            | 288 |
|       | —           | —                | 303 |

| Année | Date                 |                 | N°  |
|-------|----------------------|-----------------|-----|
| 1887  | 18 mars              | Paris           | 305 |
|       | 30 avril             | C. Crim.        | 289 |
|       | 26 mai               | Lyon            | 321 |
|       | —                    | —               | 169 |
| 1888  | 20 juillet           | T. Civ. Seine   | 565 |
|       | 8 décembre           | Rennes          | 169 |
|       | 15 février           | Orléans         | 140 |
|       | 7 mars               | Agen            | 140 |
|       | 28 avril             | C. Crim.        | 250 |
| 1889  | —                    | —               | 320 |
|       | 20 mai               | T. Civ. Seine   | 144 |
|       | 28 mai               | C. Requ.        | 151 |
|       | —                    | —               | 209 |
| 1890  | 1 <sup>er</sup> juin | Paris           | 53  |
|       | 30 septembre         | T. Com. Seine   | 50  |
|       | —                    | —               | 53  |
|       | 21 janvier           | C. Requ.        | 103 |
|       | 28 janvier           | Lyon            | 594 |
|       | 28 mai               | Besançon        | 194 |
|       | 21 juin              | C. Civ.         | 143 |
|       | 28 juin              | T. Com. Lyon    | 110 |
|       | 4 juillet            | T. Civ. Seine   | 53  |
|       | —                    | —               | 114 |
|       | —                    | —               | 187 |
|       | 21 juillet           | C. Requ.        | 128 |
|       | —                    | —               | 140 |
| 1891  | 23 octobre           | T. Com. Seine   | 638 |
|       | 13 novembre          | Paris           | 60  |
|       | —                    | Paris           | 616 |
|       | —                    | —               | 619 |
|       | 3 février            | T. Com. Vervins | 176 |
|       | 16 février           | C. Civ.         | 53  |
|       | 15 avril             | Bourges         | 589 |
|       | 24 avril             | C. Crim.        | 305 |
|       | 9 mai                | Angers          | 210 |
|       | 14 mai               | T. Com. Avesnes | 18  |
|       | —                    | —               | 198 |
|       | 9 juillet            | C. Requ.        | 18  |
|       | —                    | —               | 194 |
|       | —                    | —               | 198 |
|       | 11 août              | Paris           | 284 |
|       | 20 novembre          | Amiens          | 176 |
|       | —                    | —               | 209 |
| 1892  | 23 décembre          | T. Com. Seine   | 517 |
|       | 6 janvier            | T. Com. Seine   | 154 |
|       | 9 mars               | T. Com. Seine   | 616 |
|       | —                    | —               | 624 |
| 1893  | 10 mars              | Paris           | 103 |
|       | 31 mai               | Paris           | 198 |
|       | —                    | —               | 224 |
|       | 18 juillet           | Dijon           | 631 |
| 1894  | 20 juillet           | C. Requ.        | 633 |
|       | 15 janvier           | T. Com. Seine   | 50  |
|       | —                    | —               | 151 |



| Année | Date                     |                          | N°  |
|-------|--------------------------|--------------------------|-----|
| 1894  | 21 février               | T. Com. Seine            | 201 |
|       | 19 mars                  | C. Requ.                 | 18  |
|       | 28 juin                  | Paris                    | 198 |
| 1895  | 6 mars                   | T. Civ. Seine            | 565 |
|       | 29 mai                   | Montpellier              | 631 |
|       | 15 juillet               | C. Civ.                  | 593 |
|       | 18 juillet               | Paris                    | 111 |
|       | —                        | —                        | 151 |
|       | —                        | —                        | 224 |
| 1896  | 22 août                  | C. Crim.                 | 268 |
|       | 16 novembre              | T. Corr. Versailles      | 277 |
|       | 1 <sup>er</sup> décembre | Paris                    | 209 |
|       | 19 février               | Paris                    | 277 |
|       | 31 mars                  | C. Requ.                 | 146 |
|       | 9 juin                   | Douai                    | 144 |
|       | 19 juin                  | —                        | 18  |
|       | 3 juillet                | C. Crim.                 | 53  |
|       | —                        | —                        | 277 |
| 1897  | 20 mars                  | T. Com. Clermont-Ferrand | 151 |
|       | 10 novembre              | C. Civ.                  | 565 |
|       | 11 décembre              | T. Com. Nantes           | 617 |
| 1898  | 10 mai                   | C. Requ.                 | 632 |
|       | 20 juillet               | C. Civ.                  | 18  |
|       | —                        | —                        | 201 |
|       | 22 juillet               | Riom                     | 50  |
|       | —                        | —                        | 112 |
| 1899  | —                        | —                        | 151 |
|       | 31 janvier               | Bordeaux                 | 631 |
|       | —                        | —                        | 632 |
| 1899  | 22 février               | T. Civ. Péronne          | 18  |
|       | 26 décembre              | Amiens                   | 18  |
| 1900  | 2 janvier                | C. Requ.                 | 156 |
|       | 10 janvier               | C. Crim.                 | 600 |
| 1901  | 29 janvier               | T. Civ. Seine            | 565 |
|       | 19 mars                  | T. Corr. Bruxelles       | 275 |
|       | 3 décembre               | C. Requ.                 | 631 |
|       | 7 juin                   | T. Com. Seine            | 616 |
| 1902  | 14 février               | T. Com. Marseille        | 303 |
|       | 3 juillet                | T. Corr. Seine           | 279 |
| 1903  | 1 <sup>er</sup> avril    | Paris                    | 201 |
|       | 9 mai                    | C. Crim.                 | 268 |
|       | 19 mai                   | C. Civ.                  | 162 |
|       | 28 mai                   | T. Com. Seine            | 594 |
|       | 16 janvier               | T. Civ. Agen             | 169 |
| 1904  | 24 février               | Angers                   | 631 |
|       | 27 février               | Orléans                  | 169 |
|       | 1 <sup>er</sup> mars     | Lyon                     | 156 |
|       | 27 avril                 | Alger                    | 628 |
|       | 9 mai                    | Agen                     | 143 |
|       | —                        | —                        | 169 |
|       | 23 juin                  | Aix                      | 284 |
|       | 9 août                   | Paris                    | 167 |
| 1905  | 30 mars                  | Douai                    | 18  |
|       | —                        | —                        | 112 |

| Année | Date                    |                | N°  |
|-------|-------------------------|----------------|-----|
| 1905  | 30 mars                 | Douai          | 197 |
|       | —                       | —              | 198 |
|       | —                       | —              | 201 |
|       | —                       | —              | 224 |
|       | 27 mai                  | Angers         | 631 |
| 1906  | 25 janvier              | T. Corr. Seine | 268 |
|       | 6 février               | T. Com. Tarare | 151 |
|       | 4 avril                 | T. Com. Nantes | 284 |
|       | 27 novembre             | C. Requ.       | 631 |
| 1907  | 3 août                  | Nancy          | 110 |
|       | —                       | —              | 117 |
|       | —                       | —              | 198 |
|       | —                       | —              | 209 |
|       | 26 novembre             | C. Civ.        | 209 |
| 1910  | 21 mars                 | T. Com. Rouen  | 143 |
| 1911  | 4 janvier               | Rouen          | 143 |
|       | 7 avril                 | Amiens         | 18  |
|       | —                       | —              | 61  |
|       | —                       | —              | 109 |
|       | —                       | —              | 201 |
|       | 26 avril                | Rouen          | 176 |
|       | 24 juin                 | Lyon           | 111 |
|       | —                       | —              | 209 |
|       | —                       | —              | 224 |
| 1912  | 5 décembre              | C. Civ.        | 632 |
| 1913  | 24 janvier              | Lyon           | 284 |
|       | 27 novembre             | Rennes         | 146 |
|       | —                       | —              | 224 |
| 1914  | 10 février              | T. Com. Lyon   | 593 |
| 1917  | 25 janvier              | Paris          | 631 |
| 1918  | 1 <sup>er</sup> février | Paris          | 219 |
|       | 29 mars                 | C. Crim.       | 260 |
| 1921  | 19 septembre            | Lyon           | 151 |
|       | 7 novembre              | C. Civ.        | 631 |
|       | 10 novembre             | Lyon           | 109 |
|       | —                       | —              | 169 |
|       | —                       | —              | 228 |
| 1922  | 23 mai                  | T. Com. Havre  | 51  |
|       | —                       | —              | 224 |
|       | 2 décembre              | Paris          | 279 |
| 1923  | 23 avril                | Lyon           | 224 |
|       | 4 juin                  | T. Corr. Seine | 287 |
|       | 10 novembre             | Lyon           | 110 |
|       | —                       | —              | 224 |
| 1924  | 31 janvier              | C. Crim.       | 268 |
|       | 14 mars                 | Paris          | 310 |
|       | 4 avril                 | C. Crim.       | 267 |
|       | 14 mai                  | T. Com. Romans | 635 |
|       | 19 décembre             | Paris          | 319 |
| 1925  | 22 janvier              | T. Corr. Seine | 265 |
|       | 5 février               | T. Corr. Seine | 272 |
|       | 14 juin                 | C. Crim.       | 295 |
|       | 29 juin                 | C. Civ.        | 619 |
|       | 4 décembre              | T. Corr. Seine | 265 |

| Année | Date                     |                      | N°  |
|-------|--------------------------|----------------------|-----|
| 1925  | 5 décembre               | Paris                | 18  |
| 1926  | 1 <sup>er</sup> décembre | Rouen                | 113 |
|       | —                        | —                    | 125 |
|       | —                        | —                    | 202 |
| 1927  | 22 janvier               | C. Crim.             | 25  |
|       | 6 avril                  | C. Civ.              | 222 |
| 1928  | 13 février               | T. Com. Marseille    | 51  |
|       | —                        | —                    | 129 |
|       | 10 mars                  | C. Crim.             | 279 |
|       | 5 mai                    | T. Corr. Seine       | 166 |
|       | —                        | —                    | 287 |
|       | —                        | —                    | 320 |
|       | 22 juin                  | C. Crim.             | 260 |
|       | 20 juillet               | C. Crim.             | 267 |
| 1929  | 18 avril                 | Douai                | 152 |
|       | —                        | —                    | 261 |
|       | —                        | —                    | 320 |
| 1930  | 11 juillet               | C. Crim.             | 306 |
|       | 27 juillet               | C. Requ.             | 169 |
|       | 14 novembre              | C. Crim.             | 265 |
| 1931  | 21 janvier               | Lyon                 | 320 |
|       | 21 juillet               | T. Com. Lyon         | 113 |
|       | —                        | —                    | 202 |
| 1932  | 13 janvier               | C. Requ.             | 360 |
|       | 23 février               | Paris                | 291 |
|       | 8 mars                   | Paris                | 105 |
|       | —                        | —                    | 117 |
|       | —                        | —                    | 169 |
|       | —                        | —                    | 190 |
|       | —                        | —                    | 202 |
|       | 20 avril                 | Lyon                 | 175 |
|       | —                        | —                    | 218 |
|       | —                        | —                    | 221 |
|       | 23 avril                 | C. Crim.             | 267 |
|       | 3 mai                    | T. Com. Valenciennes | 589 |
|       | 17 octobre               | T. Com. Seine        | 320 |
|       | 10 novembre              | Bordeaux             | 565 |
|       | 19 novembre              | T. Corr. Seine       | 261 |
|       | 5 décembre               | Casablanca           | 591 |
| 1933  | 21 décembre              | T. Corr. Seine       | 427 |
|       | 14 janvier               | C. Crim.             | 421 |
|       | 7 février                | C. Requ.             | 632 |
|       | 31 mars                  | C. Crim.             | 265 |
|       | —                        | —                    | 291 |
|       | —                        | —                    | 303 |
|       | 4 août                   | C. Crim.             | 261 |
| 1934  | 7 mai                    | Paris                | 261 |
|       | —                        | —                    | 427 |
|       | 16 juin                  | T. Corr. Seine       | 287 |
|       | —                        | C. Crim.             | 287 |
|       | 9 juillet                | T. Corr. Seine       | 261 |
|       | —                        | —                    | 287 |
|       | 7 août                   | C. Crim.             | 286 |
|       | 29 décembre              | Paris                | 589 |

| Année | Date        |                       | N°  |
|-------|-------------|-----------------------|-----|
| 1935  | 17 janvier  | T. Corr. Seine        | 265 |
|       | 21 janvier  | Bordeaux              | 565 |
|       | 25 février  | C. Requ.              | 18  |
|       | —           | —                     | 109 |
|       | —           | —                     | 209 |
|       | —           | —                     | 222 |
|       | 15 mai      | Paris                 | 286 |
|       | 22 mai      | Paris                 | 261 |
|       | 27 mai      | T. Com. Seine         | 308 |
|       | 9 juillet   | T. Corr. Seine        | 311 |
|       | 12 juillet  | T. Com. Seine         | 308 |
|       | 12 novembre | Rennes                | 169 |
|       | 25 novembre | Poitiers              | 635 |
| 1936  | 28 mars     | C. Crim.              | 304 |
|       | —           | —                     | 315 |
|       | 16 mai      | Paris                 | 266 |
| 1937  | 28 juin     | Colmar                | 199 |
|       | 21 janvier  | T. Com. Saint-Etienne | 155 |
|       | —           | —                     | 206 |
|       | 22 janvier  | C. Crim.              | 309 |
|       | 29 janvier  | Montpellier           | 615 |
|       | —           | —                     | 619 |
|       | 22 février  | C. Crim.              | 313 |
|       | 5 mars      | C. Crim.              | 266 |
|       | 27 avril    | Paris                 | 265 |
|       | 24 juin     | C. Crim.              | 268 |
|       | 19 juillet  | T. Com. Bordeaux      | 621 |
|       | 30 juillet  | C. Crim.              | 286 |
|       | 7 décembre  | Metz                  | 565 |
|       | —           | —                     | 566 |
|       | 31 décembre | T. Com. Rouen         | 589 |
|       | 12 décembre | Besançon              | 621 |





## Tableau des Lois, Décrets, Arrêtés cités

(Les chiffres renvoient aux numéros de l'ouvrage. Les chiffres reproduits en gros caractères indiquent une citation du texte légal)

|                           |         |      |                             |          |
|---------------------------|---------|------|-----------------------------|----------|
| <i>Code civil :</i>       | Article | 6    | N°                          | 23       |
|                           | —       | 806  | 627-630                     |          |
|                           | —       | 1121 | 552                         |          |
|                           | —       | 1122 | 193                         |          |
|                           | —       | 1134 | 23                          |          |
|                           | —       | 1146 | 24                          |          |
|                           | —       | 1150 | 195                         |          |
|                           | —       | 1151 | 195                         |          |
|                           | —       | 1165 | 188, 208, 211, 552, 578     |          |
|                           | —       | 1166 | 193, 502, 552, 554          |          |
|                           | —       | 1213 | 226                         |          |
|                           | —       | 1214 | 226                         |          |
|                           | —       | 1372 | 15                          |          |
|                           | —       | 1382 | 17, 20, 23, 26, 39, 99,     |          |
|                           |         |      | 136, 138, 173, 174, 179,    |          |
|                           |         |      | 180, 207, 227, 493, 497     |          |
|                           | —       | 1383 | 17, 207, 227                |          |
|                           | —       | 1384 | 127, 254                    |          |
|                           | —       | 1641 | 285                         |          |
|                           | —       | 1642 | 285                         |          |
|                           | —       | 1779 | 14                          |          |
|                           | —       | 1787 | 14                          |          |
|                           | —       | 1984 | 13                          |          |
|                           | —       | 1992 | 41, 99, 169, 171, 172, 492, |          |
|                           |         |      | 497                         |          |
|                           | —       | 1993 | 13                          |          |
|                           | —       | 1995 | 204, 214                    |          |
|                           | —       | 1999 | 622                         |          |
|                           | —       | 2007 | 637, 638                    |          |
|                           | —       | 2262 | 501, 601, 610               |          |
| <i>Code de commerce :</i> | Article | 9    | 432, 437                    |          |
|                           | —       | 443  | 501, 538, 550, 553          |          |
|                           | —       | 466  | 539                         |          |
|                           | —       | 467  | 539                         |          |
|                           | —       | 532  | 538                         |          |
|                           | —       | 631  | 569, 570                    |          |
|                           | —       | 635  | 572                         |          |
|                           | —       | 638  | 568                         |          |
|                           | —       | 640  | 628                         |          |
| <i>Code pénal :</i>       | Article | 3    | N°                          | 319, 362 |
|                           | —       | 55   | 222, 223                    |          |
|                           | —       | 60   | 79, 250, 261, 361           |          |
|                           | —       | 147  | 426                         |          |
|                           | —       | 177  | 407                         |          |
|                           | —       | 378  | 37, 135, 404, 420, 422      |          |
|                           | —       | 405  | 8, 257, 258, 260, 278, 286  |          |
|                           |         |      | 287, 292, 328, 429, 468     |          |
|                           | —       | 406  | 262                         |          |
|                           | —       | 408  | 8, 262, 263, 268 svts, 328  |          |

|                                 |         |            |                              |                  |
|---------------------------------|---------|------------|------------------------------|------------------|
| <i>Code instruction</i>         | Article | 30         | N°                           | 396              |
| <i>criminelle :</i>             | —       | 365        | 258                          |                  |
|                                 | —       | 638        | 596, 599                     |                  |
| <i>Code de procédure</i>        | Article | 59         | N°                           | 501, 581, 583    |
| <i>civile :</i>                 | —       | 69         | 581                          |                  |
|                                 | —       | 417        | 626, 627, 630                |                  |
| <i>Loi du 18 juillet 1856 :</i> |         |            | N°                           | 8, 289, 509, 546 |
| <i>Loi du 23 mai 1863 :</i>     |         |            | N°                           | 8, 13, 231       |
| <i>Loi du 24 juillet 1867 :</i> | Article | 3          | N°                           | 141              |
|                                 | —       | 4          | 335, 336, 341                |                  |
|                                 | —       | 9          | 13, 90, 206                  |                  |
|                                 | —       | 10         | 88, 293, 305                 |                  |
|                                 | —       | 15 § 2     | 260, 278, 289, 290, 296      |                  |
|                                 | —       | § 4        | 292, 293 svts, 303 svts, 313 |                  |
|                                 | —       | § 5        | 314, 317, 318, 319, 322      |                  |
|                                 | —       | § 6        | 295, 296, 299, 425           |                  |
|                                 | —       | § 7        | 270, 407                     |                  |
|                                 | —       | § 8        | 270, 407                     |                  |
|                                 | —       | 17         | 90, 122, 126, 129, 194       |                  |
|                                 | —       | 22         | 36, 501, 502, 510, 526, 528, |                  |
|                                 | —       | 27         | 530, 544, 546, 563, 602,     |                  |
|                                 | —       | 32 ancien  | 603, 606, 609                |                  |
|                                 | —       | 32 nouveau | 13, 264                      |                  |
|                                 | —       | alinéa 1   | 72                           |                  |
|                                 | —       | — 2        | 13, 15, 48, 88               |                  |
|                                 | —       | — 3        | 12, 63, 88, 157, 168, 182,   |                  |
|                                 | —       | — 4        | 368, 379, 406                |                  |
|                                 | —       | — 5        | 76                           |                  |
|                                 | —       | 33 ancien  | 163, 612, 613, 617           |                  |
|                                 | —       | 33 nouveau | 33, 134, 637                 |                  |
|                                 | —       | alinéa 1   | 12                           |                  |
|                                 | —       | — 2        | 54, 613, 617, 618            |                  |
|                                 | —       | — 3        | 33, 166, 332, 336, 339, 346  |                  |
|                                 | —       | — 4        | 349                          |                  |
|                                 | —       | — 5        | 12, 363, 640                 |                  |
|                                 | —       | — 6        | 83                           |                  |
|                                 | —       | — 7        | 12                           |                  |
|                                 | —       | — 8        | 37, 334                      |                  |
|                                 | —       | — 9        | 352, 357                     |                  |
|                                 | —       | — 10       | 12, 355, 357                 |                  |
|                                 | —       | 34 ancien  | 335, 371, 374                |                  |
|                                 | —       | 34 nouveau | 382                          |                  |
|                                 | —       | alinéa 1   | 56, 57, 58                   |                  |
|                                 | —       | — 3        | 157                          |                  |
|                                 | —       | — 4        | 12, 64, 87, 126, 227, 230,   |                  |
|                                 | —       | — 5        | 234, 379                     |                  |
|                                 | —       | — 6        | 70, 239, 242                 |                  |
|                                 | —       | — 7        | 35, 74, 115, 146, 218, 243,  |                  |
|                                 | —       | — 8        | 273, 291, 322, 375, 395      |                  |
|                                 | —       | — 9        | 472, 474                     |                  |
|                                 | —       | — 10       | 132, 135, 420                |                  |

|                                                  |             |            |                              |
|--------------------------------------------------|-------------|------------|------------------------------|
| <i>Loi du 24 juillet 1867 :</i>                  | Article     | 35 ancien  | N <sup>os</sup> 56           |
|                                                  | —           | 35 nouveau | 68, 157, 392, 432, 437, 439, |
|                                                  |             |            | 448, 452                     |
|                                                  | —           | 36         | 114                          |
|                                                  | —           | 39         | 510                          |
|                                                  | —           | 40         | 80, 87, 230, 231, 232, 234,  |
|                                                  |             |            | 237, 239, 240, 242, 243      |
|                                                  | —           | 43         | 12, 20, 90, 171, 172, 173,   |
|                                                  |             |            | 178, 180, 181, 182, 204,     |
|                                                  |             |            | 254                          |
|                                                  | —           | 44         | 19, 20, 204                  |
|                                                  | —           | 45         | 122, 425                     |
|                                                  | —           | 64         | 405                          |
| <i>Loi du 29 juillet 1881 :</i>                  | Généralités |            | N <sup>o</sup> 8             |
|                                                  | Article     | 32         | 274                          |
|                                                  | —           | 33         | 274                          |
|                                                  | —           | 35         | 276, 277                     |
| <i>Loi du 30 janvier 1907 :</i>                  |             |            | 288, 437                     |
| <i>Loi du 18 mars 1919 :</i>                     |             |            | 188                          |
| <i>Loi du 19 octobre 1919 :</i>                  |             |            | 33                           |
| <i>Loi du 1<sup>er</sup> juin 1923 :</i>         |             |            | 183                          |
| <i>Loi du 26 nov. 1923 :</i>                     |             |            | 584                          |
| <i>Loi du 11 mars 1924 :</i>                     |             |            | 630                          |
| <i>Loi du 19 juin 1930 :</i>                     |             |            | 350                          |
| <i>Loi du 2 juillet 1931 :</i>                   |             |            | 255                          |
| <i>Décret-loi</i><br><i>du 8 août 1935 :</i>     |             |            | 164, 349, 350, 351, 371      |
| <i>Décret-loi</i><br><i>du 30 octobre 1935 :</i> | Généralités |            | 327, 448, 462                |
|                                                  | Article     | 1          | 244                          |
|                                                  | —           | 6          | 244, 473                     |
|                                                  | —           | 7          | 244, 246, 473                |
|                                                  | —           | 8          | 245, 246, 247, 473           |
|                                                  | —           | 9          | 492                          |
|                                                  | —           | 10         | 492                          |
|                                                  | —           | 11         | 248, 473                     |
| <i>Loi du 29 juin 1936 :</i>                     |             |            | 37, 352                      |
| <i>Arrêté</i><br><i>du 16 sept. 1936 :</i>       |             |            | 116                          |
| <i>Décret-loi</i><br><i>du 30 juillet 1937 :</i> |             |            | 334, 374                     |
| <i>Décret-loi</i><br><i>du 31 août 1937 :</i>    |             |            | 34, 36, 63, 79, 312, 327,    |
|                                                  |             |            | 452, 457, 459, 526           |
| <i>Décret-loi</i><br><i>du 12 nov. 1938 :</i>    |             |            | 33                           |





# Bibliographie

## 1. — Ouvrages et articles cités

- ARTHUYS F. — *Traité des sociétés commerciales*. 3<sup>e</sup> édition, 1917.  
BARBUT Marc. — *Préface à l'ouvrage de M. Masson*. (Voir *infra*).  
BARRAULT. — *La notion de dividende fictif*. Thèse, Paris 1937.  
BASTIAN D. — *Répertoire pratique de jurisprudence et de législation*. 1936.  
BATARDON L. — *L'inventaire et le bilan*. 7<sup>e</sup> édition, 1931.  
BEDARRIDE. — *Des sociétés*. 2<sup>e</sup> édition, 1876.  
BLIN G. — *Le statut des commissaires aux comptes*. *Revue Experta*, 1933.  
BOISTEL A. — *Cours de droit commercial*. 4<sup>e</sup> édition, 1890.  
BOSVIEUX. — Différents articles publiés dans le *Journal des Sociétés*.  
CHAMBAZ ET LEBLOND. — *Précis des sociétés*. 1937.  
CHARPENTIER ET HAMELIN. — *Traité pratique des bilans et inventaires*. 2<sup>e</sup> édition, 1933.  
CONSTANTIN ET GAUTRAT. — *Traité de droit pénal en matière des sociétés*. 1937.  
COPPER-ROYER. — *Traité des sociétés anonymes*. 4<sup>e</sup> édition, 1931.  
CROIZE. — *De l'inventaire annuel et du bilan général*. 2<sup>e</sup> édition.  
DALSACE A. — *Un danger pour les sociétés par actions*. 1932. Différents articles dans la *Semaine Juridique* et dans la *Gazette du Palais*.  
DECUGIS H. — *Traité pratique des sociétés par action*. 7<sup>e</sup> édition, 1931.  
DELAPORTE R. — *La lecture du bilan*. 1925.  
DELATTRE J.-M. — *Le statut des commissaires de surveillance dans les sociétés anonymes*. 1937.  
DERKENNE P. — *Les commissaires aux comptes et le contrôle des sociétés anonymes*. 1932.  
DOLBEAU ET CANTENOT. — *Réformes de la législation des sociétés*. 1936.  
ESCARRA ET RAULT. — *Principes de droit commercial*. 1934.  
ESPINADEL C. — *Les commissaires et les administrateurs de sociétés par actions*. 1937.  
FAURE G. — *Guide mémento à l'usage des commissaires*. *Comptabilité générale*. 16<sup>e</sup> édition, 1936.  
FLOUCAUD-PENARDILLE. — *Les sociétés par actions*. 1899.  
FOLLINET. — *Le bilan dans les sociétés anonymes au point de vue juridique et comptable*. 1937.  
GABOLDE. — Article dans *Gazette des Prud'hommes*. 1936.  
GAILLARD E. — *La société anonyme de demain*. 2<sup>e</sup> édition, 1933.  
GAIN-DELAISI. — *Guide formulaire des sociétés commerciales*. 4<sup>e</sup> édition, 1939.  
GAYET. — *Les commissaires aux apports et les commissaires aux comptes dans les sociétés par actions*. Thèse, Toulouse 1936.  
GOTRAUD L. — *Traité des sociétés par actions*. 1896.  
HAMEL. — Article dans *Revue des Sociétés*. 1923.  
HOUPIN ET BOSVIEUX. — *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales*. 7<sup>e</sup> édition, 1935.  
LABBE. — Article dans *Journal des Sociétés*.  
LACOUR ET BOUTERON. — *Précis de droit commercial*. 3<sup>e</sup> édition, 1925.  
LAGARDE G. — *Le statut des commissaires dans les sociétés par actions*. 1936.  
LÉON H. — Article dans *Bulletin de la Compagnie des Commissaires de Sociétés*. 1939.  
LÉPARGNEUR. — Article dans la *Gazette des Prud'hommes*. 1936.  
LISBONNE J. — *Les commissaires de surveillance dans les sociétés anonymes*. 1936.  
LYON-CAEN ET RENAULT. — Revu par AMIAUD. *Traité de droit commercial*. 5<sup>e</sup> édition, 1929.

- MASSON. — *Manuel théorique et pratique à l'usage des commissaires aux comptes*. 1937.
- PERCEROU J. — Article dans *Journal des Sociétés*. 1908.
- PIC P. — *Traité général théorique et pratique de droit commercial*. 2<sup>e</sup> éd., 1926.
- PIOT G. — *Le nouveau statut légal des administrateurs et des commissaires dans les sociétés anonymes*. 1936.
- PLAGNOL-RIPERT-ESMEIN. — *Traité pratique de Droit civil français*. 1930.
- PONT P. — *Commentaire traité des sociétés civiles et commerciales*. 2<sup>e</sup> éd. 1919.
- REISER (J.). — *L'organisation du contrôle et la technique des vérifications comptables*. 3<sup>e</sup> édition, 1933.
- RIPERT G. — Préface à l'ouvrage de M. Lisbonne. (Voir *supra*).
- ROUSSEAU R. — *Des sociétés commerciales françaises et étrangères*. 4<sup>e</sup> édition, 1912.
- ROUSSELET ET PATIN. — *Délits et sanctions dans les sociétés par action*. 1938.
- RUBEN DE COUDER. — *Dictionnaire du droit commercial, industriel et maritime*. 3<sup>e</sup> édition, 1897.
- SOLUS H. — *La réforme du droit des sociétés par les décrets-lois de 1935 et 1937*. 1938.
- TCHERNOFF J. — *Traité de droit pénal financier*. 1931. Suppl. 1936.
- THALLER ET PERCEROU. — *Traité élémentaire du droit commercial*. 8<sup>e</sup> édition, 1931.
- VAVASSEUR A. ET J. — *Traité des sociétés civiles et commerciales*. 1931.
- VILLARD H. — *De la fraude dans les bilans*. 1932.
- WAHL A. — *Précis théorique et pratique de droit commercial*. 1922.

## II. — Ouvrages et articles non cités mais utiles à consulter

- BATARDON L. — *Traité pratique des sociétés commerciales*. 8<sup>e</sup> éd. 1937.  
*Les commissaires des sociétés anonymes*. 1937.
- DALSACE A. — *Les commissaires dans les sociétés anonymes*. 1937.  
Fondation et administration des sociétés anonymes. 2<sup>e</sup> éd., 1930.
- DELAPORTE R. — *Les commissaires dans les sociétés par actions*. 1931.
- DELORSON. — *Traité des sociétés commerciales*.
- DUPUY. — *La législation des sociétés commerciales d'après les décrets-lois de 1935. — 1936*.
- FAURE G. — *Du rôle des commissaires dans les sociétés anonymes*. 1927.
- FUREY-LARUE. — *De la responsabilité des fondateurs, des administrateurs et des commissaires de surveillance de la société anonyme en droit français*. Thèse, Paris 1883.
- GAIN ET DELAISI. — *Assemblées d'actionnaires et conseils d'administration*. 2<sup>e</sup> édition, 1937.
- JOLY. — *Dictionnaire des sociétés anonymes*. 1937.
- LAGARDE. — *Le droit transitoire des commissaires aux comptes*. 1935.
- MODIERAC J. — *La réforme de la législation sur les sociétés par les décrets-lois*. 1935.
- PASSELECQ. — *Traité des sociétés commerciales*. 1934.
- PIC, CONSTANTIN ET KREHER. — *Les décrets-lois d'août-octobre 1935 sur la protection de l'épargne*. 1936.
- POSE. — *Les commissaires de surveillance dans les sociétés anonymes*. Thèse, Paris 1924.
- REYMOUDIN. — *Contribution à l'étude de la protection de l'épargne*.
- SAVIGNY. — *Manuel théorique et pratique des commissaires et des censeurs*. 1901.
- VALERY J. — *Le contrôle des administrateurs des sociétés anonymes et la jurisprudence*. 1919.

# Index alphabétique

Les chiffres renvoient aux numéros de l'ouvrage

---

- Abus de confiance**, 262 svts.  
administrateur, 265.  
commis par la société, 272-273.  
complicité, 269-273.  
détournement de souscriptions, 265.  
double a. d. c. possible, 263.  
effets de complaisance, 265.  
exemples, 265-273.  
gratification injustifiée, 265.  
intention frauduleuse, 267.  
jurisprudence, 265.  
qualifié (a. d. c. qualifié), 262-268-269.  
quitus donné par l'ass. gén., 276.  
réforme de 1935, 270.  
sanctions, 262.  
tentative, 271.  
texte légal, 262.
- Acompte de dividende**, 303-304-305.
- Action jointe**, 254-372-599-600.
- Action individuelle ou *ex delicto***, 556 svts.  
but de l'action, 495-497-498.  
cause de l'action, 496-497-498.  
clauses statutaires, 560.  
comparaison avec l'action sociale, 494-495-557-558.  
compétente *ratione materiae*, 570.  
cumul avec l'action sociale. V. Option.  
dommages-intérêts, 562.  
droit personnel, 560.  
faillite (influence de la faillite), 561.  
fondement de l'action individuelle, 556.  
intérêts de la distinction avec l'action sociale, 501.  
option entre les deux actions. V. Option.  
preuve à faire, 557.  
quitus donné par l'assemblée générale, 560.  
réforme de 1937, 534-535-536.  
société (Droit d'intenter l'act. ind.), 558.  
société civile des actionnaires, 563.  
théorie du but de l'action, 495-497-498.  
théorie de la cause de l'action, 496-497-498.
- Action sociale en général**.  
comparaison avec l'action individuelle, 495-495.  
compétence *ratione materiae*, 570.  
cumul avec l'action individuelle. V. Option.  
définition de l'action sociale, 503.  
intérêts de la distinction avec l'action individuelle, 501.  
théorie du but de l'action, 495-497-498.  
théorie de la cause de l'action, 496-498-498.  
titulaires de l'action sociale, 502.
- Action sociale exercée par un actionnaire individuellement**.  
controverse, 541 svts-555.  
faillite-liquidation (influence de la faillite-liquidation), 550.



(Les chiffres renvoient aux numéros de l'ouvrage)

- principes, 540-559.
- Action sociale exercée par les créanciers sociaux.**
  - conditions d'exercice, 553.
  - exceptions opposables, 554.
  - faillite-liquidation (influence de la faillite-liquidation), 553.
  - principes, 552.
- Action sociale exercée par un groupement d'actionnaires, 509 svts.**
  - ancienne législation, 509.
  - clause d'autorisation. V. Clause.
  - clause d'avis. V. Clause.
  - commissaire plus en fonction, 517.
  - conditions d'exercice, 514 svts.
  - dommages-intérêts obtenus, 519.
  - exceptions opposables, 520.
  - faillite (influence de la faillite), 537-538-539.
  - groupement d'un vingtième du capital, 513 svts.
  - intérêt commun des plaignants, 515.
  - interprétation doctrinale de l'art. 17, 511.
  - justification pratique de l'action, 509-511.
  - liquidation extra-judiciaire, 537.
  - liquidation judiciaire, 537-538-539.
  - mandataire. V. Mandataire.
  - objet de la poursuite, 518.
  - obligataires, 513.
  - pluralité d'actionnaires, 514.
  - portée réelle de l'art. 17.
  - pouvoirs du groupement d'actionnaires, 518.
  - qualité d'actionnaire, 516.
  - quitus donné par l'ass. gén., 530-531-532.
  - révocabilité de l'action, 533.
  - texte légal, 510.
- Action sociale exercée par la société, 503 svts.**
  - assemblée générale, 504.
  - conseil d'administration, 505.
  - définition de l'action sociale, 503.
  - faillite-liquidation (influence de la faillite-liquidation), 508.
  - fondement de l'action sociale, 503.
  - liquidation extra-judiciaire, 507.
  - liquidation judiciaire (influence de la liquidation judiciaire), 508.
  - option entre les deux actions, 506-558.
- Administrateur.**
  - assimilation aux employés, 263.
  - comparaison avec les commissaires, 52.
  - complicité, 361-394-418.
  - compte personnel des administrateurs, 113-265.
  - conflit avec les commissaires, 631-633.
  - décharge donnée par les adm., 218.
  - défense aux com. de devenir adm., 12.
  - dénonciation au Parquet, 412.
  - différence de mission avec le com., 20.
  - discorde entre les adm., 620.
  - dividende fictif, 317-322-325.
  - indignité notoire de l'adm., 186.
  - infraction à la règle de l'immutabilité du bilan, 468.
  - interdiction de traiter avec la société. V. Rapport spécial.
  - irrégularité des employés, 381.
  - limitation du pouvoir des adm., 266.
  - marchés et entreprises interdits. V. Rapport spécial.
  - mauvaise volonté envers les com., 60-86-161-163-626.
  - nomination, 13.

(Les chiffres renvoient aux numéros de l'ouvrage)

- omnipotence pratique, 325.
- pouvoir sur action sociale, 505.
- recours des com. contre les adm., 227.
- responsabilité envers les tiers, 19.
- rôle des administrateurs, 52.
- solidarité avec le com., 223-224-225.
- Aggravation de la responsabilité civile, 183 svts.
- Aide. V. Collaborateurs.
- Alliance prohibée. V. Incompatibilités.
- Amortissements, 453-456.
- Appel à l'assemblée générale. V. Convocation.
- Assemblée générale.
  - accès du commissaire, 72.
  - action en responsabilité contre le com., 36.
  - arbitre des conflits entre adm. et com., 626.
  - bilan (modification de la forme du bilan), 450-460 svts.
  - commissaire incompatible, 361.
  - compétence exclusive, 218-221.
  - convocation par le commissaire. V. Convocation.
  - convocation par le conseil de surveillance, 93.
  - désaccord des com. sur la convocation, 220.
  - dividende fictif, 319.
  - fonctionnement de l'ass. gén. convoquée par le com., 623.
  - influence de la faillite, 508.
  - influence de la réforme 1935, 38.
  - irrégularités des adm. (Révélation), 381.
  - maîtresse de l'action sociale, 504.
  - modification de la forme du bilan, 450-460 svts.
  - non-convocation dans le délai légal, 620.
  - présence du com. à l'ass. gén., 72-73.
  - proposition d'un com. incompatible, 361.
  - quitus. V. Quitus.
  - refus de donner directement des renseignements, 74.
  - renseignements donnés directement à l'ass. gén., 73-74-424.
  - rôle pratique de l'ass. gén. souvent illusoire, 30.
  - secret professionnel, 424.
- Association professionnelle, 37.
- Assurance en matière de responsabilité.
  - principe, 641.
  - responsabilité civile, 643.
  - responsabilité pénale, 642.
- Atteinte au droit préférentiel de souscription. V. Droit préférentiel.
- Atténuation de la responsabilité civile, 150 svts.
- Attributions du commissaire. V. Mission du com.
  - V. Moyens anciens.
  - V. Moyens nouveaux.
- Augmentation du capital. V. Rapport spécial du com.
  - V. Faute de constitution.
- Autonomie de la volonté, 30.
- Bénéfice distribuable, 303-316.
- Bénéfice réalisé, 306-309.
- Bilan. V. égl. Bilan inexact ou frauduleux.
  - absence de bilan, 295-309.
  - assemblée générale (pouvoir de l'ass. gén.), 312.
  - immuabilité du bilan, 311.
  - règles fondamentales, 435.
  - science comptable (apport de la science comptable), 434.
  - sincérité du bilan, 295.
  - tiers (importance du bilan pour les tiers), 287-311.

(Les chiffres renvoient aux numéros de l'ouvrage)

- Bilan inexact ou frauduleux.** V. égl. Présentation ou Publication.  
définition du terme « bilan inexact », 430-432.  
distinction entre les conceptions d'inexact et frauduleux, 317-431.  
dividende fictif, 295-302-310 svts.  
emploi d'un bilan inexact, 280-426.  
escroquerie, 260-427.  
jurisprudence, 261-427-433.  
mensonge (simple mensonge), 427.  
nature du bilan, 260.  
publication de faits faux, 287.  
réforme 1935, 427.  
règles fondamentales du bilan, 435.  
réserves occultes, 310 svts.  
science comptable (apport de science comptable), 434.
- Bonne foi.**  
appréciation critique de l'influence de la bonne foi, 155.  
doctrine, 150.  
jurisprudence, 151-155.  
motif d'atténuation de la responsabilité, 150.  
preuve de la bonne foi, 154-176.
- Capital.**  
immutabilité, 305-308.  
perte des trois quarts, 620.
- Chambre de discipline.**  
appréciation, 38.  
pouvoirs, 37.  
texte légal instituant la ch. de discipline, 37.
- Choix du commissaire.** V. Désignation.
- Circonstances atténuantes.** V. les différents Délits.
- Clause d'autorisation.**  
principe, 524-529.  
réforme de 1937, 526.  
validité, 525-526.
- Clause d'avis.**  
principe, 527-529.  
réforme de 1937, 528.  
utilité, 527.  
validité, 527.
- Collaborateurs.**  
droit du com. de se faire assister, 83-130 svts.  
responsabilité personnelle du com., 130-131.  
secret professionnel, 83-132.
- Commissaire suppléant.**  
condamnation *in solidum*, 209.  
raison de leur nomination, 134.  
responsabilité individuelle ou solidaire, 203 svts.  
transfert de la mission, 160.  
urgence d'intervention, 159.
- Commissariat double,** 345.
- Communication des documents justificatifs.**  
documents communicables, 58-81.  
refus de communiquer, 60-86-626-631.
- Communications exigibles du commissaire.**  
assemblée générale seule compétente, 73-74-424.  
rapport écrit, 68.  
verbalement, 73-74.
- Comparaison avec les membres du conseil de surveillance.** 88 svts.
- Compétence du juge des référés,** 635.
- Compétence *ratione loci*,** 581 svts.  
action *mandati*, 583.

(Les chiffres renvoient aux numéros de l'ouvrage)

- caractère relatif, 586-587.
- contestations sociales, 583.
- délit civil, 584.
- délit pénal, 582.
- influence des statuts, 585-586.
- principe, 581.
- Compétence *ratione materiae*, 565 svts.
  - action individuelle, 573-574.
  - action des tiers, 575 svts.
  - argument de l'accessoire, 567.
  - argument de la contestation sociale, 569-570.
  - argument de l'exercice professionnel, 568.
  - caractère juridique du contrat censorial, 566.
  - caractère relatif, 579.
  - commercialisation de l'action sociale, 571.
  - faillite-liquidation (influence de la faillite-liquidation), 572.
  - influence d'une clause statutaire, 578.
  - jurisprudence, 565.
  - tribunaux répressifs, 580.
- Compétence technique du commissaire, 101-105-107-175 svts-186.
- Complicité.
  - abus de confiance, 269-273.
  - bilan inexact, 445.
  - dividende fictif, 320 svts.
  - élément intentionnel, 250.
  - escroquerie, 258.
  - inaction du commissaire, 250.
  - information mensongère, 394.
  - jurisprudence, 261.
  - non-dénonciation au Parquet, 418.
  - publication de faits faux, 291.
  - publication d'un bilan inexact, 445.
  - réforme de 1935, 327.
  - texte légal, 250.
- Condamnation *insolidum*. V. Solidarité.
- Conseil d'administration. V. Administrateurs.
- Conseil de surveillance.
  - comparaison avec le commissaire, 88 svts.
  - jurisprudence garde son intérêt, 47.
  - mission, 88-93.
  - responsabilité, 13-90-122.
- Constitution de la société.
  - jurisprudence, 143.
  - responsabilité pour faute de constitution, 140 svts.
  - rôle du conseil de surveillance, 93.
- Contrat d'entreprise, 13-14.
- Contrat innommé, 14-15.
- Contrôle du commissaire, 113.
  - comptable, 65-66.
  - compte des administrateurs, 113.
  - débiteurs, 112.
  - délai donné, 54 svts-157.
  - difficulté de contrôle, 86-161-163-168.
  - exécution du contrôle, 108 svts.
  - facultatif, 77.
  - impossibilité matérielle, 168.
  - informations données par les adm., 157.
  - insuffisance du contrôle, 67-110.
  - insuffisance du délai, 54 svts-157.
  - insuffisance des moyens, 161-163.



(Les chiffres renvoient aux numéros de l'ouvrage)

- inventaire, 67.
- juridique, 66.
- jurisprudence, 110-111.
- mauvaise volonté des adm., 86.
- opérations traitées avec les adm. V. Rapport spécial.
- période soumise au contrôle, 79.
- permanence du contrôle, 76-108.
- portefeuille-titres, 111.
- réserves, 114.
- statuts, 114.
- taux d'émission. V. Rapport spécial.
- Convocation de l'assemblée générale, 612 svts.**
  - avis préalable du cons. d'adm., 615-621.
  - conditions requises, 614-615.
  - définition de l'urgence, 618 svts.
  - démission du commissaire, 633.
  - droit absolu, 616.
  - fonctionnement de l'assemblée, 623.
  - frais de convocation, 622.
  - historique, 613.
  - inconvenients, 626.
  - influence d'une clause statutaire, 615-616.
  - influence des décisions de l'ass. gén., 615.
  - inopportunité de la convocation, 619.
  - nature de l'ass. gén., 614-624.
  - nature de la convocation, 615.
  - non-convocation, 617-620.
  - obligation de convoquer, 617.
  - ordre du jour, 616.
  - par le conseil de surveillance, 93.
  - perte de trois-quarts du capital, 620.
  - principe général, 60-163-399.
  - pluralité de commissaires, 625.
  - texte légal, 612.
  - urgence, 614-615-618 svts.
- Copies des pièces justificatives, 82-83.**
- Cumul des deux actions. V. Option.**
- Débiteurs (vérifications à faire), 112.**
- Décès du commissaire, 160.**
- Délai de contrôle du bilan, 56.**
- Délai de vérification générale, 54-55. V. Egl't Permanence.**
- Délits : voir :**
  - abus de confiance.
  - atteinte au droit préférentiel de souscription.
  - bilan.
  - diffamation.
  - dividende fictif.
  - droit préférentiel de souscription.
  - escroquerie.
  - fiscalité.
  - incompatibilités.
  - information mensongère.
  - non désignation d'un commissaire inscrit. V. Désignation.
  - non révélation au Parquet. V. Révélation.
  - pertes et profits.
  - présentation d'un bilan inexact. V. Publication.
  - publication d'un bilan inexact. V. Présentation.
  - publication de faits faux.
  - secret professionnel.
  - violation du secret professionnel. V. Secret professionnel.

(Les chiffres renvoient aux numéros de l'ouvrage)

- Délit contraventionnel ou intentionnel, 335-svts-348-359-414-466.  
Délits de droit commun, 251.  
Démission du commissaire, 636 svts.  
    intempestive, 638-639.  
    motivée, 638.  
    obligatoire, 640.  
    remplacement du com. démissionnaire, 637.  
    résignation des fonctions de droit, 637.  
    responsabilité pour les actes antérieurs, 639.  
    responsabilité pour les actes postérieurs, 639.  
Dépendance économique du commissaire. V. égit Incompatibilité.  
    lien de client-fournisseur, 344.  
    lien d'employé, 344.  
    lien de pension-retraité, 344.  
    principe, 343.  
    survenance d'une incompatibilité, 363-364.  
Désaccord entre les commissaires, 217-219-220.  
Désignation du commissaire.  
    commissaire inscrit sur la liste d'une Cour, 33-83-373-374.  
    dépendance des administrateurs, 325.  
    incapable (commissaire incapable), 178.  
    limitation du libre choix, 32-33-83.  
    office (désignation d'office), 33.  
    par le tribunal, 33-134-638.  
    parmi les commissaires inscrits, 33-83-373-374.  
    période d'exercice, 64.  
    remplacement, 134.  
    texte légal, 12.  
    tribunal (désignation par le trib.), 33-134-638.  
Diffamation, 274 svts.  
    du commissaire, 277.  
    pouvoir d'appréciation des tribunaux, 275.  
    preuve, 276-277.  
    textes légaux, 274.  
Difficultés d'exécution de la mission.  
    éloignement, 167.  
    impossibilité matérielle, 168.  
    inhérentes à la personne du com., 166.  
    insuffisance des moyens, 161.  
    moyens de les vaincre, 164-165.  
Diligence réclamée.  
    force majeure, 159.  
    influence sur la responsabilité, 156.  
    jurisprudence ancienne, 156.  
Diminution de la responsabilité civile, 150 svts.  
Dissolution de la société, 93.  
Distinction entre l'action sociale et l'action individuelle.  
    V. action individuelle.  
    V. action sociale.  
Dividende fictif.  
    absence d'inventaire, 302-318. V. Inventaire.  
    acompte, 303 svts.  
    administrateurs, 317.  
    bénéfice distribuable, 303-316.  
    bénéfice réalisé, 306-309.  
    comparaison avec le délit d'escroquerie, 296-297.  
    comparaison avec le délit de publication de faits faux, 296-298.  
    comparaison avec le délit de publication d'un faux bilan, 296-299.  
    complicité, 320 svts.  
    conseil de surveillance, 93.

(Les chiffres renvoient aux numéros de l'ouvrage)

- critérium (absence d'un critérium), 292.
- définition de l'expression « dividende », 203-312.
- définition de l'expression « fictif », 294.
- distribution effective, 315.
- éléments du délit, 301.
- inventaire, 294-295-302-303-305-318. V. Inventaire.
- intérêt pour le commissaire, 300.
- intervention du commissaire, 319.
- mauvaise foi, 317-318.
- quitus donné par l'ass. gén., 319.
- réserves (dividende prélevé sur les réserves), 307 svts.
- révélation au Parquet, 319.
- statuts, 313.
- tentative, 315-319.
- texte légal, 292.
- Documents communicables.**
  - ancien texte légal, 58.
  - copie autorisée, 82.
  - droit d'emporter les documents communicables, 82.
  - énumération, 81.
  - mauvaise volonté des adm., 60-86.
  - nouveau texte légal, 81.
  - secret professionnel, 83.
- Dol du commissaire, 97-106.**
- Dommages-intérêts. V. Préjudice.**
- Droit préférentiel de souscription, 473 svts. V. égl't Rapport spécial.**
  - absence du rapport du com., 481.
  - comparaison avec le délit d'information mensongère, 474-475.
  - comparaison avec le délit de publication de faits faux, 476-482.
  - comparaison avec le délit de publication d'un faux bilan, 477.
  - corrélation entre l'information inexacte et les bases de calcul, 485.
  - cumul d'infractions, 475-476-477.
  - date de consommation du délit, 489.
  - définition du terme « donné ou confirmé », 479.
  - définition du terme « inexact », 482.
  - définition du terme « sciemment », 483-484.
  - dépôt du rapport, 488.
  - éléments du délit, 478.
  - prescription, 488.
  - mauvaise foi du commissaire, 483-484.
  - rapport du commissaire. V. Rapport spécial.
  - rapport du conseil d'adm., 479-482.
  - rôle du commissaire, 482-487.
  - silence du commissaire, 479-480.
  - sanction, 475-491-492.
  - silence du commissaire, 479-480.
  - tentative, 490.
  - texte légal, 473.
- Durée de la fonction.**
  - définition de la période triennale, 80.
  - influence sur la continuité du contrôle, 79.
  - réforme 1937, 34.
  - texte légal, 12.
  - triennale, 64.
- Eléments objectifs de la faute, 120 svts.**
- Eléments subjectifs de la faute, 96 svts.**
- Eloignement du commissaire, 167.**
- Empêchement du commissaire, 134.**
- Employé du commissaire. V. Collaborateur.**
- Employé de la société.**

(Les chiffres renvoient aux numéros de l'ouvrage)

- détournement, 381.
- exclusion du censoriat, 344.
- révélation au Parquet, 412.
- Escroquerie, 257 svts.
  - bilan inexact, 260-261.
  - comparaison avec délit de distribution de dividendes fictifs, 296-297.
  - comparaison avec délit de publication de faits faux, 279.
  - double emploi avec délits spéciaux, 258.
  - éléments du délit, 259.
  - exemples pratiques, 258.
  - intention frauduleuse, 259.
  - intervention d'un tiers, 260-261.
  - jurisprudence, 261.
  - moyens frauduleux, 260.
  - sanctions, 257-260.
  - tentative, 259.
  - texte légal, 257.
  - tiers (intervention d'un tiers), 260-261.
- Etat.
  - carence de l'Etat, 9.
  - intervention préventive, 9-31-42.
  - répressive, 9.
  - limitation de l'intervention, 29-38.
- Etat semestriel.
  - critique, 57.
  - suppression, 78.
  - texte légal, 57.
- Evaluation.
  - amortissements, 453-456.
  - inventaires, 454-455.
- Exonération de la responsabilité civile, 180-181.
- Expert-comptable : incompatibilité avec censoriat, 344-346.
- Faillite.
  - influence sur l'action individuelle, 561.
  - — — sociale appartenant à un groupement, 538.
  - — — — à la société, 508.
  - — — — exercée par une société civile, 553.
  - — la compétence *ratione materiae*, 572.
  - pouvoir du syndic, 501-508.
- Faits faux. V. Publication de faits faux.
- Faits postérieurs à la cessation du mandat, 147-148.
- Faute (principes généraux).
  - appréciation, 101.
  - cadre de la mission, 44-136.
  - commune aux deux actions, 42-95.
  - gestion, 53.
  - hors mission, 44-136-137-139.
  - nature, 42.
  - nécessité d'une faute, 41-95.
  - preuve, 42.
  - règle générale, 61.
  - relation de cause à effets avec le préjudice, 200-201.
  - unité de la faute, 95.
- Faute de constitution.
  - jurisprudence, 143.
  - responsabilité pour fautes de constitution, 140-141-142.
- Faute des directeurs ou employés. V. Employés.
- Faute légère du commissaire, 99-102.
- Faute lourde du commissaire.
  - assimilation au dol, 97.



(Les chiffres renvoient aux numéros de l'ouvrage)

- critérium du bon père de famille, 106.
  - incertain, 97.
- distinction avec faute légère, 99-102.
- principe général, 119.
- théorie du vice apparent, 98-119.
- Faute en cas de pluralité de commissaires, 209.
- Faute des prédécesseurs.
  - précautions à prendre, 146-160.
  - responsabilité pour les fautes des prédécesseurs, 144.
- Fiscalité.
  - assimilation à la matière commerciale, 116.
  - délit fiscal, 408.
  - incompétence du commissaire, 116.
  - responsabilité du commissaire, 115.
  - révélation au Parquet, 115.
- Fondement des actions en responsabilité, 493 svts.
  - V. Action individuelle.
  - Action sociale.
- Gestion d'affaire.
  - thèse à rejeter, 15.
- Gratuité des fonctions du commissaire, 169 svts.
- Gravité d'une faute.
  - individualisation à rejeter, 107.
  - principe, 101.
  - théorie du bon père de famille, 103-106.
- Groupement des actionnaires selon l'art. 17.
  - V. Action sociale exercée par un groupement.
- Groupement libre des actionnaires, 501.
- Historique de la réforme 1935-1937, 324-325-350.
  - V. égl't Réforme.
- Immixtion dans l'administration, 52-53-618.
- Imputation de la faute, 121.
- Inactivité du commissaire, 109-250.
- Incapacité professionnelle du commissaire. V. Compétence.
- Incompatibilités, 372 svts.
  - action jointe, 372.
  - cause de dépendance directe, 343-344-346.
    - — — économique, 33.
    - — parenté ou d'alliance, 33.
    - d'indignité, 33.
    - survenante, 12-640.
  - circonstances atténuantes, 369.
  - classement rationnel des articles du texte légal, 333-334.
  - commissaire inscrit à une Cour, 352.
  - commissariat double, 345.
  - complicité des administrateurs, 361.
  - cumul d'infractions, 370-371.
  - déchéance facultative, 351.
    - obligatoire, 349-351.
  - définition du terme « administrateur », 341.
    - — — « apporteur », 341.
    - — — « entreprise », 347.
  - degré de parenté prohibée, 339-340.
  - délit contraventionnel ou intentionnel, 335 svts-340-348.
  - dépendance économique, 343 svts. (V. Dépendance).
  - difficultés pratiques, 348.
  - indignité, 349 svts. (V. Indignité).
  - interdiction générale d'administrer, 355 svts.
    - spéciale aux comm. inscrits, 352 svts.
  - parenté prohibée, 339 svts.

(Les chiffres renvoient aux numéros de l'ouvrage)

- personnes morales, 342.
- préjudice, 372.
- responsabilité civile, 372.
- sanctions, 335.
- sursis, 370.
- survenance d'une cause d'incompatibilité, 363-364.
- tentative du délit, 362.
- Incompétence technique du commissaire. V. Compétence.
- Indignité du commissaire, 349 svts.
  - cas d'indignité, 351.
  - complicité, 351.
  - faillite, 351.
  - historique, 350.
  - survenance, 363-364.
  - tentative, 351.
  - texte légal, 349-351.
- Information données dans le rapport des administrateurs, 157-158.
- Informations mensongères (délit d'informations mensongères), 375 svts.
  - abstention complète du commissaire, 383.
  - appréciation du tribunal, 379-390.
  - caractère comptable de l'information, 64-71-379-380.
    - du mensonge de l'information, 386-387.
  - circonstances atténuantes, 393.
  - communications en dehors de l'assemblée générale, 385.
  - comparaison avec délit d'atteinte au droit préférentiel, 474-475.
    - — — de non-révélation au Parquet, 382.
    - — — de publication de faits faux, 279-281.
  - complicité, 394.
  - critiques trop discrètes, 384.
  - date de la consommation du délit, 392.
  - définition du terme « information sur la situation », 378-379-382.
    - — — « sciemment », 389.
  - éléments du délit, 377.
  - négligence (rôle de la négligence), 391.
  - pouvoir d'appréciation du tribunal, 379-390.
  - prescription, 392.
  - preuve de l'inexactitude de l'information, 388-390.
  - responsabilité civile, 382.
  - sanction pénale, 375.
  - silence du commissaire, 383.
  - texte légal, 375.
- Insuffisance des moyens de contrôle, 161-163.
- Interdiction générale d'administrer, 355 svts.
  - but de la réforme, 356.
  - caractère contraventionnel ou intentionnel, 359.
  - commissaire en fonction, 360.
  - critique de la réforme, 356 svts.
  - date d'appréciation, 358.
  - quotité de participation, 358.
  - rédaction défectueuse du texte légal, 357.
  - régime transitoire, 360.
  - Renouvellement du mandat, 360.
  - texte légal, 355.
- Interdiction spéciale d'administrer, 352 svts.
  - exercice effectif d'un censoriat, 352.
    - du mandat d'administrateur, 353.
  - gratuité (influence de la gratuité), 354.
  - gérant (non applicable au gérant), 354.
  - rédaction défectueuse du texte légal, 357.
  - texte légal, 352.

(Les chiffres renvoient aux numéros de l'ouvrage)

Intérêt de l'étude de la situation avant 1935, 249-253.

*Intuitu personae*, 83-131.

Inventaire.

absence d'inventaire, 294-295-302-303-318.

assimilation au terme « bilan », 295.

définition du terme « inventaire », 295-317.

évaluation immuable, 454-455.

fraude dans l'inventaire, 294-295-302-303-305-314.

permanence d'inventaire, 295.

réforme 1935, 454.

Irrégularités et inexactitudes.

relevées et non signalées, 70.

sanction civile, 126.

Irrévocabilité du commissaire.

avis doctrinal, 34.

réforme de 1935, 34.

Jurisprudence.

enseignement à en déduire, 96.

évolution probable, 94.

rareté relative aux commissaires, 46-47-256.

réforme 1935 (influence de la réforme), 331.

relative au conseil de surveillance, 47.

valeur de l'ancienne jurisprudence relative aux cons. de surv., 47.

Justification des dépenses, 265.

Lien juridique liant le commissaire.

nature, 12 svts.

seul lié à la société, 15

Limitation du choix du commissaire. V. Désignation.

Limitation des risques professionnels, 611 svts.

V. Appel aux tribunaux ordinaires.

V. Appel au référé.

V. Assurance.

V. Convocation de l'ass. gén.

V. Démission du commissaire.

Liquidation judiciaire. V. Faillite.

Liquidation sociale extra-judiciaire, 502-507-537.

Louage d'ouvrage ou de service.

thèse à rejeter, 13-14.

Maladie du commissaire intervenante, 167.

Mandat.

double mandat du commissaire, 35.

essentiellement personnel, 82.

extension statutaire, 85.

nature juridique du lien du commissaire, 12-13.

réforme de 1935, 32.

textes légaux, 12.

Mandataire nommé pour exercer l'action sociale.

pluralité, 523.

pouvoir, 521-522.

solidarité, 523.

texte légal, 510.

Marchés et entreprise traités avec les administrateurs. V. égl't Rapport spécial.

documents communicables, 81.

obligation d'un rapport spécial du commissaire, 87.

principe général, 235.

Mauvaise foi.

V. Administrateur.

V. Complicité.

Mesures conservatoires, 505.

(Les chiffres renvoient aux numéros de l'ouvrage)

- Mission du commissaire, V. égl't Contrôle.  
administrateurs : mauvaise volonté, 60-86.  
ancienne mission, 13-48-50-59-88.  
caractère institutionnel, 20-35.  
caractère purement interne, 20.  
comparaison avec l'ancienne mission, 45-64-88.  
— avec mission de l'administrateur, 20.  
— avec mission du conseil de surveillance, 88-91-92.  
critique de l'ancienne mission, 62.  
d'ordre comptable, 379 svts 399-424.  
durée de la mission, 79.  
immixtion dans l'administration, 52-53.  
influence des dispositions statutaires, 59-84-182-187-188.  
intérêt d'examiner l'ancienne mission, 44.  
mauvaise volonté opposée par les administrateurs, 60-86.  
nature juridique, 12 svts.  
nouvelle mission, 63-64-67-88-228.  
période à laquelle s'applique la mission, 79.  
rapport indispensable avec la faute, 136.  
statuts (influence des dispositions statutaires), 59-84-182-187-188.  
Mission du conseil de surveillance.  
comparaison avec celle du commissaire, 88-91.  
définition, 88.  
Moyens anciens à la disposition du commissaire.  
insuffisance, 162.  
mauvaise volonté des administrateurs, 60.  
modifications statutaires, 59.  
texte légal, 54.  
Moyens nouveaux à la disposition du commissaire.  
insuffisance, 161-163.  
mauvaise volonté des administrateurs, 86-161.  
modifications statutaires, 84-85-182.  
texte légal, 70.  
Nature juridique du contrat censorial, 12 svts-32-566.  
Négligence.  
culpabilité par négligence, 106.  
élément indispensable, 152.  
jurisprudence, 110.  
responsabilité pour négligence, 101-108-119.  
Nomination des commissaires. V. Désignation.  
Non-désignation d'un commissaire inscrit. V. Désignation.  
Non-révélation au Parquet. V. Révélation.  
*Nulla poena sine lege*, 7-10.  
Nullité des délibérations.  
de l'assemblée générale, 69.  
précautions à prendre, 83.  
Obligataires, 289-513.  
Obligations des commissaires.  
V. égl't Contrôle du commissaire.  
Mission du commissaire.  
définitions légales, 43.  
modifications statutaires, 59-84-182-187-188.  
rapport spécial sur les marchés des administrateurs, 87-230 svts.  
rapport spécial sur le taux d'émission, 87-244 svts.  
Obligation de dénonciation. V. Révélation.  
Option entre les deux actions.  
actionnaire, 559-560.  
société 500-501-506-558.  
tiers, 557.  
Option entre les deux responsabilités, 21 svts.



(Les chiffres renvoient aux numéros de l'ouvrage)

- action civile jointe, 25.
- actionnaire, 21.
- créancier, 23-24.
- intérêt de la question, 22.
- préséance de la responsabilité contractuelle, 23.
- société, 23-24-136-173.
- tiers, 21.
- Parenté prohibée, 339-340. V. égl't Incompatibilités.
- Pension-retraite. 104 V. égl't Incompatibilités.
- Période applicable au contrôle, 79-148.
- Permanence du contrôle.
  - conseil de surveillance, 91.
  - fin de la permanence de contrôle, 148.
  - limite de la permanence de contrôle, 108.
  - mesures à prendre pour assurer la permanence de contrôle, 160.
  - principe général, 7-6-77.
- Personne morale, 342.
- Perte des trois quarts du capital, 620.
- Pertes et profits (compte des pertes et profits).
  - importance légale du compte des pertes et profits, 437.
  - présentation immuable, 312.
  - publication d'un faux compte des pertes et profits, 436-437.
- Plainte pénale abusive, 255.
- Pluralité des commissaires, 168-625.
- Portefeuille de titres, 111.
- Prédécesseurs.
  - fautes des prédécesseurs, 144-186.
  - mesures à prendre pour assurer la transmission, 160.
  - rapport des prédécesseurs, 146.
  - responsabilité pour les fautes des prédécesseurs, 144-186.
- Préjudice réparable.
  - conséquence prévisibles et imprévisibles, 155-184.
  - étendue du préjudice réparable, 40-184-190-193 svts.
  - jurisprudence, 198-199.
  - lien de cause à effet avec la faute, 201-202.
  - nature de la réparation accordée, 198.
  - nécessité d'un préjudice, 190-194.
  - pouvoir d'appréciation des tribunaux, 197-202.
  - préjudice direct ou indirect, 195-196-198.
  - préjudice moral, 192.
  - preuve du préjudice, 191.
  - principe général, 40.
- Prescription de l'action civile, 598 svts.
  - action jointe, 599-600.
  - ancienne solution, 601.
  - critique de la réforme, 605-607.
  - délai préfixe, 609.
  - faits non révélés à l'assemblée générale, 603-604.
  - faits révélés à l'assemblée générale, 606-608.
  - nature de la prescription abrégée, 609.
  - prescription abrégée, 606.
  - principes, 601.
  - réforme de 1937, 603-610.
- Prescription de l'action publique.
  - départ de la prescription, 592.
  - principes, 596.
- Prescription des délits de
  - atteinte au droit préférentiel, 488.
  - publication ou présentation d'un bilan inexact, 429.

(Les chiffres renvoient aux numéros de l'ouvrage)

- non-révélation au Parquet, 411-419.
- Présentation** immuable du bilan et des comptes pertes et profits, 446 svts.
  - administrateurs (rôle des adm.), 1.
  - amortissements, 453-456.
  - assemblée générale : compétence, 461.
    - intervention, 450-460 svts.
    - vote, 464.
  - bonne foi du commissaire, 466.
  - compensation entre actifs et passifs, 453.
  - complicité du commissaire, 4.
  - conseil d'administration (rapport du conseil d'administration), 462.
  - définition du terme « de provenance diverse », 457-458.
  - délit contraventionnel ou intentionnel, 466-468.
  - détails à donner au compte des pertes et profits, 452-457-459-469-471.
  - difficultés pratiques d'unification du bilan, 447.
  - évaluations, 454-455.
  - exceptions à la règle d'immuabilité, 460-461.
  - historique de la réforme, 446-447.
  - idée de base de la réforme, 449-459.
  - insuffisance de la réforme, 450-451.
  - intervention du commissaire, 462.
  - nullité du vote de l'assemblée générale, 464.
  - présentation rationnelle du compte des pertes et profits, 459.
  - preuve à faire, 470.
  - rapport du commissaire, 462-465.
  - rapport du conseil de surveillance, 462.
  - réforme de 1935-1937, 448 svts.
  - responsabilité civile, 470.
  - révélation au Parquet, 472.
  - rôle des administrateurs, 468.
  - rôle du commissaire, 467-469-471.
  - sanctions, 463-465.
  - secret professionnel, 471.
  - utilité de la réglementation, 446.
  - vote de l'assemblée générale, 464.
  - vote spécial pour chaque modification, 462.
- Présentation** ou publication d'un bilan inexact, 425 svts.
  - (V. égl. Bilan inexact ou frauduleux).
  - bilan exact (règles fondamentales), 435.
  - bilan frauduleux, 317-421.
  - bilan inexact, 317-421.
  - comparaison avec le délit d'atteinte au droit préférentiel, 477.
    - — de distribution de dividende fictif, 296-299.
    - — d'escroquerie, 428.
    - — d'information mensongère, 376-428.
    - — de publication de faits faux, 286-428.
  - complicité du commissaire, 445.
  - compte des pertes et profits, 436-437.
  - date de consommation du délit, 440.
  - définition du terme « bilan inexact », 430-432.
    - — « présentation », 440.
    - — « publication », 288-438-439.
  - distinction entre bilan inexact et bilan frauduleux, 317-421.
  - élément du délit, 430.
  - intérêt de la distinction avec d'autres délits, 445.
  - jurisprudence, 427.
  - mauvaise foi exigée, 431-441-442-444.
  - pertes et profits (compte des pertes et profits), 436-437.
  - prescription, 429-440.
  - preuve de la mauvaise foi, 444.

(Les chiffres renvoient aux numéros de l'ouvrage)

- règles fondamentales du bilan exact, 435.
- sciemment (importance du terme légal sciemment), 441-442.
- science comptable (apport de la science-comptable), 434.
- situation antérieure à la réforme de 1935, 426.
- situation favorable (dissimulation d'une situation favorable), 443.
- Présomption de faute, 128.
- Preuve du préjudice, 191.
- Projets de réforme.
  - Chastanet, 324.
  - Daladier-Penancier, 324.
  - Flandin-Pernot, 324.
  - Fleury-Ravarin, 324-447.
  - Lesaché, 32-324-325.
  - Martin-Feuillée, 324.
  - Mater, 404.
  - Tardieu-Perret, 50-324.
  - Vallée, 324.
- Publication d'un bilan inexact. V. Présentation.
- Publication de faits faux, 278 svts.
  - bilan inexact, 287-288.
  - bulletin des annonces légales, 288.
  - comparaison avec délit d'atteinte au droit préférentiel, 476-482.
  - comparaison avec délit de distribution de dividende fictif, 296-298.
  - comparaison avec délit d'informations mensongères, 376.
  - complicité, 291.
  - définition du terme « faits faux », 284-285-286.
  - définition du terme « publication », 288.
  - définition du terme « versement », 282.
  - éléments, 283.
  - intention délictuelle, 283.
  - intérêt pour le commissaire, 291.
  - jurisprudence, 279-284.
  - mensonge grave, 284-285-286.
  - obligations, 289.
  - tentative, 290.
- Quitus, 588 svts.
  - action individuelle (influence sur l'action individuelle), 560.
  - assemblée générale, 588-591.
  - conditions résolutoires, 590.
  - connaissances de cause (quitus donné en connaissance de cause), 589.
  - dividende fictif, 319.
  - droit au quitus, 593.
  - droit au quitus, 593.
  - faillite (influence de la faillite), 508.
  - pouvoir de l'assemblée générale, 588-591.
  - réforme de 1937, 530-531-532-588.
  - validité à l'égard de la société, 589.
  - violation des statuts, 501-592.
- Rapport du commissaire.
  - caractère juridique, 13.
  - contenu du rapport, 50-53.
  - critiques injustifiées, 275.
  - lecture à l'assemblée générale, 72.
  - mission du rapport, 69.
  - nullité de la délibération de l'ass. gén., 69.
  - obligation au rapport, 49-64.
  - pluralité des commissaires, 216-217.
  - qualités du rapport, 68-69-117.
  - rectifications tardives, 118.
  - rédaction objective, 274.

(Les chiffres renvoient aux numéros de l'ouvrage)

- tendancieux, 153.
- texte légal, 12.
- Rapport du conseil d'administration.**
  - délai de vérification insuffisant, 157-158.
  - obligation légale, 157.
  - vérification, 157.
- Rapport spécial sur les marchés des administrateurs, 230 svts.**
  - absence de toute opération, 233.
  - connaissance des opérations, 240-241.
  - critique de l'ancienne réglementation, 232.
  - critique de la nouvelle réglementation, 233.
  - définition du terme : marche entreprise, 235.
  - définition du terme : intérêt direct-intérêt indirect, 236.
  - difficultés d'interpréter le texte légal, 235 svts.
  - droit d'investigation du commissaire, 241.
  - historique de l'interdiction, 231.
  - objet du rapport spécial, 237-238.
  - responsabilité pénale, 243.
  - sanction de nullité, 242.
  - texte légal, 230.
- Rapport spécial sur le taux d'émission, 244 svts.**
  - action jointe, 248.
  - comparaison de la responsabilité civile avec la responsabilité pénale, 248.
  - critique, 245.
  - erreur dans le rapport, 247.
  - obligation du rapport, 87.
  - portée réelle de la présentation légale, 247.
  - principe général, 244.
  - responsabilité pénale, 248.
  - responsabilité solidaire avec les administrateurs, 246.
  - rôle limité du commissaire, 246.
  - sanctions, 245.
  - textes légaux, 244.
- Rareté de jurisprudence, 256.**
- Recours des condamnés *in solidum*.**
  - envers les administrateurs, 227.
  - envers les co-commissaires, 226.
- Recours aux tribunaux ordinaires.**
  - insuffisance de ce recours, 627.
  - principes, 626-627.
  - urgence, 626-627.
  - utilité du recours, 626.
- Recours aux tribunaux en référé. V. Référé.**
- Rectification tardive du rapport, 118.**
- Rédaction défectueuse des textes de la réforme, 123-330-357.**
- Référé au président du tribunal, 627 svts.**
  - avantages sur la procédure ordinaire, 627.
  - compétence du juge des référés, 635.
  - conditions exigées, 631.
  - conflit entre administrateurs et commissaires, 631.
  - contre le commissaire, 634.
  - mesures conservatoires, 505.
  - objections doctrinales et jurisprudentielles, 628-629.
  - pouvoir du juge des référés, 632-633.
  - principe du référé, 631.
  - réforme de 1924, 630.
  - règles du référé, 631.
  - urgence, 631-632.
- Réforme de 1935-1937.**
  - appréciation, 10-38-330-357.



(Les chiffres renvoient aux numéros de l'ouvrage)

- historique, 324-325-350.
- idées de base, 10-32-323-325-350-356.
- importance du rôle du commissaire, 325-326-329.
- influence probable sur la jurisprudence, 256-331.
- nécessité d'une réforme, 62.
- ordre public, 329.
- rédaction défectueuse, 123-330-357.
- Remplacement du commissaire.**
  - commissaire démissionnaire. V. Démission.
  - révocation, 34.
  - texte légal, 12-33-134.
- Rémunération du commissaire.**
  - influence sur la responsabilité, 169 svts.
  - limite des dommages-intérêts, 199.
- Rémunérations occultes, 265.**
- Réparation du préjudice. V. Préjudice.**
- Réserves.**
  - constitution d'une réserve spéciale, 115.
  - dividende pris sur les réserves, 307 svts.
  - surveillance de leur constitution régulière, 114.
- Responsabilité civile en général.**
  - administrateur (faute des adm.). V. Révélation.
  - aggravation (causes d'aggravation), 183 svts.
  - aides et employés, 130-131-135. V. égl. Collaborateurs.
  - atténuation (causes d'atténuation), 150 svts.
  - caractère individuel ou solidaire, 203 svts.
  - collaborateurs (faute des collaborateurs), 130-131-135.
  - conditions d'exercice, 40-100-191.
  - constitution (faute de constitution), 140 svts.
  - diminution de la responsabilité civile par les statuts, 180-181.
  - directeurs et employés (faute des directeurs), 129-228.
  - employés (faute des employés), 129 svts-135-228.
  - exonération de la responsabilité civile par les statuts, 180-181.
  - fait d'autrui, 127.
  - faute, élément indispensable, 61.
  - limite de la responsabilité civile, 100.
  - prédécesseurs (faute des prédécesseurs), 144-146.
  - principes généraux, 119-191.
  - solidarité des commissaires. V. Solidarité.
- Responsabilité civile délictuelle.**
  - action civile jointe, 25.
  - avantage sur responsabilité contractuelle, 22.
  - doctrine : avis prédominant, 19.
    - avis dissident, 20.
  - fondement, 4-19-20-27.
  - inconvenient vis-à-vis de la resp. contractuelle, 22.
  - jurisprudence : avis dominant, 18.
  - option actionnaire, 21.
    - créanciers contractuels, 23-24.
    - société, 23-24-139.
    - tiers, 21-23-24-139.
  - préséance de la responsabilité contractuelle, 23.
  - tiers, 17 svts.
- Responsabilité du conseil de surveillance, 90.**
- Responsabilité contractuelle.**
  - action civile jointe, 25.
  - avantages sur responsabilité délictuelle, 22.
  - fondement, 4-11-27.
  - inconvenient vis-à-vis de la responsabilité délictuelle, 22.
  - option : actionnaire, 21.

(Les chiffres renvoient aux numéros de l'ouvrage)

- créanciers contractuels, 23-24.
- société, 23-24.
- tiers, 21-23-24.
- préséance de la responsabilité contractuelle, 23.
- règles applicables, 11-137.
- source, 11.
- texte légal, 12.
- Responsabilité du fait d'autrui, 254.
- Responsabilité institutionnelle.
  - fondement, 5-27-28.
  - mission du commissaire, 20.
  - préséance de la responsabilité institutionnelle, 36.
  - théorie institutionnelle de M. Hauriou, 27.
- Responsabilité pénale.
  - action civile jointe, 25.
  - fondement, 4-6-27-249.
  - source, 7-8-10.
- Révélation à l'assemblée générale.
  - délits commis par les administrateurs, 122 svts.
- Révélation au conseil d'administration, 218.
- Révélation au Parquet, 395 svts.
  - abstention du commissaire, 416.
  - abus de confiance, 273.
  - ancienne obligation de dénonciation, 396.
  - appréciation doctrinale, 397-399-400.
  - appréciation du Parquet (pouvoir d'appréciation), 405.
  - circonstances atténuantes, 403.
  - complicité, 418.
  - connaissance du fait délictueux, 413-414.
  - critique de la disposition légale, 397-399-400-401-403.
  - délai de dénonciation, 416.
  - délit fiscal, 408.
  - distribution de dividende fictif, 300-319.
  - éléments, 405.
  - existence d'un fait délictueux, 405.
  - faits délictueux : anciens faits délictueux, 409.
    - — connaissance du fait délictueux, 413-414.
    - — existence d'un fait délictueux, 405.
    - — importance, 405.
    - — nature, 406-407-410.
  - fonction du délinquant, 412.
  - idée de base, 398-399-401.
  - importance du fait délictueux, 405.
  - incompatibilité (délit relatif aux incompatibilités), 364.
  - intention malveillante, 415.
  - nature du fait délictueux, 405-407-410.
  - obligation de dénoncer, 400.
  - pluralité de commissaires, 417.
  - pouvoir d'appréciation du Parquet, 405.
  - prescription, 411-419.
  - preuve du délit dénonçable, 416.
  - publication de faits faux, 291.
  - qualité du délinquant, 412.
  - retard apporté à la dénonciation, 416.
  - sanctions, 403.
  - secret professionnel, 404.
  - tentative, 410.
  - texte légal, 35-395.
  - théorie institutionnelle, 401-402.
- Rôle du commissaire.

(Les chiffres renvoient aux numéros de l'ouvrage)

- comparaison avec le rôle de l'administrateur, 52.
- conception de la réforme 1935, 64-68.
- contrôle permanent, 76-77.
- immixtion dans la gérance, 53.
- présence à l'assemblée générale, 72-73.
- Sanctions. V. les différents délits.
- Science comptable (apport de la science comptable), 433.
- Secret professionnel, 421 svts.
  - appréciation de la réforme, 423-424.
  - assemblée générale (pouvoir de l'assemblée générale), 424.
  - communication faite à l'assemblée générale, 74.
  - concours d'aide, d'employés, etc..., 83-132-135.
  - dualité d'obligation, 422.
  - extension du secret professionnel, 423.
  - jurisprudence ancienne, 421.
  - réforme 1935, 37-421.
  - révélation au Parquet, 404.
  - statuts (influence des statuts), 424.
  - théorie institutionnelle, 424.
- Situation avant les décrets-lois de 1935, 250 svts.
- Situation générale de la société.
  - examen par les commissaires, 49-64.
  - réforme de 1935, 64.
- Société civile des actionnaires.
  - action individuelle, 563.
  - action sociale, 551.
- Société faisant appel à l'épargne publique. V. Désignation.
- Solidarité avec les administrateurs, 223 svts.
- Solidarité des commissaires, 203 svts.
  - condamnation pénale, 222.
  - cassation profite à tous les débiteurs solidaires, 229.
  - faute divisible, 210.
  - faute indivisible, 209.
  - mauvaise répartition du travail, 212.
  - nécessité d'une faute, 209-211-215.
  - rapport signalant la répartition du travail, 216-217.
  - recours contre les co-commissaires, 226.
  - répartition inégale de la charge de réparation, 213-224.
  - répartition du travail, 211-213.
- Sources de la responsabilité.
  - principe général, 1.
  - responsabilité civile, 4.
    - contractuelle, 11.
    - délictuelle, 4.
    - institutionnelle, 5-27-28.
    - pénale, 8-10.
- Statut professionnel des commissaires.
  - caractère institutionnel, 38.
  - texte légal, 37.
- Statuts de la société.
  - actes contraires aux statuts, 114.
  - disposition relative à la clause d'autorisation, 525.
    - — d'avis, 527.
    - — à la compétence, 579-586-587.
    - — aux droits de convocation de l'ass. gén., 615.
    - — aux droits et obligation des commiss., 59-84-85-187-188.
    - — au quitus, 591-592.
    - — à la solidarité des commissaires, 208.
    - — tendant à modifier la responsabilité du commissaire, 179 svts.
  - surveillance de l'observation des statuts, 114.

(Les chiffres renvoient aux numéros de l'ouvrage)

Stipulation pour autrui.

thèse à rejeter, 15.

Survenance d'une incompatibilité.

définition du terme « exercer ses fonctions », 365.

— — « immédiatement », 364.

délai de 15 jurs, 366-367.

lettre d'information au conseil, 366.

texte légal, 363-364.

Tentative.

abus de confiance, 271.

atteinte au droit préférentiel, 490.

commissaire incompatible, 362.

dividende fictif, 315-319.

escroquerie, 259.

publication de faits faux, 290.

révélation au Parquet, 410.

Théorie du bon père de famille.

difficultés d'application, 104-149.

énoncé, 103.

vérificateur consciencieux et compétent, 108.

Théorie institutionnelle.

abus de confiance, 266.

actionnaire : devoir des actionnaires, 13.

— droits des actionnaires, 28-36.

administrateurs, 266.

application de la théorie institutionnelle, 27.

application de la théorie institutionnelle, 27.

arbitraire : garantie contre l'arbitraire, 29.

autonomie de la volonté : limites, 28-31, 37.

— — souvent illusoire, 30.

dividende fictif, 311.

double mandat du commissaire, 35-36.

Etat : rôle interventionniste, 31.

fondement, 5-27-28-31-36.

garantie contre l'arbitraire, 29.

influence sur le problème de la faute, 41-107-163.

Hauriou : théorie institutionnelle, 27.

Italie : conception préceuseure, 32.

notion de la finalité, 28.

principes de la théorie institutionnelle, 28-36-37.

réforme 1935-1937, 32-37-329.

révélation au Parquet, 401.

statut professionnel des commissaires, 37.

statut social, 29.

violation du secret professionnel, 424.

Théorie du risque, 41.

Tiers.

actions données aux tiers, 575-576-577.

portée de l'expression « tiers », 21.

option entre les deux responsabilités, 23-24.

responsabilité des administrateurs, 19.

— des commissaires, 19-20.

Transmission du mandataire au successeur, 160.

Urgence : V. Convocation de l'assemblée générale.

V. Recours aux tribunaux.

V. Référé au président du tribunal.

Usage abusif du droit de vote, 270.

Usage abusif de l'influence sociale, 270.

Vérifications du commissaire. V. Contrôle.

Versements (définition du terme légal), 282.

Violations du secret professionnel. V. Secret professionnel.



## Tableau des abréviations employées dans l'ouvrage

---

|                |                                                       |
|----------------|-------------------------------------------------------|
| adm.           | administrateur.                                       |
| al.            | alinéa.                                               |
| anc.           | ancien.                                               |
| anot. jur.     | anotation juridique.                                  |
| art.           | article.                                              |
| ass. gén.      | assemblée générale.                                   |
| B. C. C. S.    | Bulletin de la Compagnie des Commissaires de Société. |
| Cass. civ.     | Cassation civile.                                     |
| Cass. crim.    | Cassation criminelle.                                 |
| Cass. requ.    | Cassation requête.                                    |
| C. civ.        | Code civil.                                           |
| C. com.        | Code de commerce.                                     |
| C. inst. crim. | Code instruction criminelle.                          |
| C. pén.        | Code pénal.                                           |
| comm.          | commissaire.                                          |
| conf.          | conforme.                                             |
| cons. Et.      | conseil d'Etat.                                       |
| cons. surv.    | conseil de surveillance.                              |
| D. H.          | Dalloz hebdomadaire.                                  |
| D. L.          | décret-loi.                                           |
| D. P.          | Dalloz périodique.                                    |
| égl.           | également.                                            |
| frs            | francs.                                               |
| G. P.          | Gazette du Palais.                                    |
| G. Prud.       | Gazette des Prud'hommes.                              |
| G. T.          | Gazette des Tribunaux.                                |
| J. O.          | Journal Officiel.                                     |
| J. S.          | Journal des Sociétés.                                 |
| J. T.          | Journal des Tribunaux.                                |
| L.             | Loi.                                                  |
| M.             | monsieur.                                             |
| M. J.          | Moniteur Juridique.                                   |
| MM.            | messieurs.                                            |
| N°             | numéro.                                               |
| p.             | page.                                                 |
| P. chr.        | Pandectes Chronologiques.                             |
| p. ex.         | par exemple.                                          |
| P. F.          | Pandectes Françaises.                                 |
| Rec.           | Recueil.                                              |
| Rec. Jur. Soc. | Recueil Juridique des Sociétés.                       |
| Rep. Min.      | Réponse Ministérielle.                                |
| Rev. sp.       | Revue Spéciale.                                       |
| R. S.          | Revue des Sociétés.                                   |
| R. T.S.        | Revue Trimestrielle des Sociétés.                     |
| S.             | recueil Sirey.                                        |
| suppl.         | supplément.                                           |
| S. C.          | société en commandite.                                |
| S. J.          | Semaine Juridique.                                    |
| svts           | suivants.                                             |
| t.             | tome.                                                 |
| trib. civ.     | tribunal civil.                                       |
| trib. com.     | tribunal de commerce.                                 |
| trib. corr.    | tribunal correctionnel.                               |
| V.             | voir.                                                 |

---

# Table des Matières

*Les chiffres renvoient aux numéros de l'ouvrage*

## INTRODUCTION.

N<sup>os</sup>

### TITRE PREMIER

#### Fondement et sources de la responsabilité des commissaires aux comptes

|                                                                                      |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Les différents aspects du problème de la responsabilité .....                        | 1  |
| CHAPITRE PREMIER. — Fondement et sources de la responsabilité pénale .....           | 6  |
| CHAPITRE II. — Fondement et sources de la responsabilité contractuelle .....         | 11 |
| CHAPITRE III. — Fondement et sources de la responsabilité civile délictuelle .....   | 17 |
| CHAPITRE IV. — La responsabilité institutionnelle des commissaires aux comptes ..... | 27 |

### TITRE DEUXIEME

#### La responsabilité civile des commissaires aux comptes

|                                                                                                        |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| CHAPITRE PREMIER. — Principes et éléments de la responsabilité civile .....                            | 39  |
| CHAPITRE II. — Mission et attributions du commissaire aux comptes .....                                | 45  |
| <i>Section première.</i> — Mission et attributions avant la réforme de 1935.                           |     |
| § 1. Mission avant la réforme de 1935 .....                                                            | 48  |
| § 2. Les moyens d'exécution de cette mission .....                                                     | 54  |
| <i>Section II.</i> — Mission et attributions depuis la réforme de 1935.                                |     |
| § 1. La mission générale du commissaire aux comptes .....                                              | 62  |
| § 2. Les moyens d'exécution de cette mission .....                                                     | 75  |
| § 3. Les missions spéciales .....                                                                      | 87  |
| <i>Section III.</i> — Comparaison avec le conseil de surveillance.....                                 | 88  |
| CHAPITRE III. — Etude de la faute pouvant engager la responsabilité des commissaires aux comptes ..... | 95  |
| <i>Section première.</i> — Eléments subjectifs de la faute.                                            |     |
| § 1. La conception « in concreto » .....                                                               | 96  |
| § 2. La conception « in abstracto » .....                                                              | 107 |
| § 3. Conclusions .....                                                                                 | 117 |
| <i>Section II.</i> — Eléments objectifs de la faute .....                                              | 120 |
| § 1. Faute personnellement imputable .....                                                             | 121 |
| A) Responsabilité pour les délits des administrateurs.....                                             | 122 |
| B) Responsabilités pour les fautes des collaborateurs.....                                             | 130 |
| § 2. Faute commise en dehors de la mission.                                                            |     |
| A) Principe général .....                                                                              | 136 |
| B) Faute dans la constitution de la société .....                                                      | 140 |
| C) Faute antérieure ou postérieure à la mission .....                                                  | 144 |
| <i>Section III.</i> — Pouvoir d'appréciation des tribunaux .....                                       | 149 |
| § 1. Eléments pouvant diminuer ou supprimer la responsabilité.                                         |     |
| A) La bonne foi du commissaire .....                                                                   | 150 |
| B) Diligence réclamée .....                                                                            | 156 |

|                                                                                                    | N <sup>os</sup> |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------|
| C) Difficultés d'exécution .....                                                                   | 161             |
| D) Insuffisance de la rémunération .....                                                           | 169             |
| E) Incompétence du commissaire .....                                                               | 175             |
| F) Clauses d'atténuation ou d'exonération .....                                                    | 179             |
| § 2. Eléments pouvant aggraver la responsabilité .....                                             | 183             |
| CHAPITRE IV. — Préjudice causé et étendue de la réparation civile.                                 |                 |
| § 1. Le préjudice réparable .....                                                                  | 190             |
| § 2. L'étendue du préjudice réparable .....                                                        | 195             |
| § 3. Lien de cause à effet entre faute et préjudice .....                                          | 200             |
| CHAPITRE V. — Caractère individuel ou solidaire de la responsabilité civile                        |                 |
| § 1. à l'égard des co-commissaires .....                                                           |                 |
| § 2. à l'égard des administrateurs .....                                                           | 223             |
| § 3. Les recours possibles des commissaires condamnés .....                                        | 229             |
| CHAPITRE VI. — Rapport spécial sur les marchés et entreprises faits avec les administrateurs ..... | 230             |
| § 1. Développement historique .....                                                                | 231             |
| § 2. Difficultés d'interprétation .....                                                            | 234             |
| § 3. Les responsabilités engagées .....                                                            | 242             |
| CHAPITRE VII. — Rapport spécial en cas de dérogation au droit préférentiel des actionnaires .....  | 244             |

## TITRE TROISIEME

### La responsabilité pénale des commissaires aux comptes

|                                                                                   |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Division du titre troisième .....                                                 | 249 |
| CHAPITRE PREMIER. — La situation avant les décrets-lois de 1935.....              | 250 |
| Section première. — Délit d'escroquerie .....                                     | 257 |
| Section II. — Délit d'abus de confiance.                                          |     |
| § 1. Texte légal .....                                                            | 262 |
| § 2. Abus de confiance commis par l'administrateur .....                          | 264 |
| § 3. Abus de confiance commis par la société .....                                | 272 |
| Section III. — Délit de diffamation .....                                         | 274 |
| Section IV. — Délit de publication de faits faux .....                            | 278 |
| Section V. — Délit de distribution de dividendes fictifs.                         |     |
| § 1. Texte légal et définitions .....                                             | 292 |
| § 2. Champ d'application .....                                                    | 296 |
| § 3. Intérêt de la question pour le commissaire aux comptes....                   | 300 |
| § 4. Les éléments du délit .....                                                  | 301 |
| A) Absence d'inventaire ou inventaire frauduleux .....                            | 302 |
| B) Fictivité du bénéfice distribué .....                                          | 306 |
| C) Distribution effectuée .....                                                   | 315 |
| D) La mauvaise foi intervenant .....                                              | 317 |
| § 5. Tentative et quitus .....                                                    | 319 |
| § 6. La complicité .....                                                          | 320 |
| CHAPITRE DEUXIEME. — Les délits spéciaux créés par les décrets-lois de 1935 ..... | 323 |
| Section première. — Délits relatifs aux incompatibilités.                         |     |
| § 1. Texte légal et définitions .....                                             | 332 |
| § 2. Caractère des délits .....                                                   | 335 |
| § 3. Incompatibilité pour cause de parenté ou d'alliance.....                     | 339 |

|                                                                                                                              | N <sup>os</sup> |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------|
| § 4. Incompatibilité à raison d'une fonction rémunérée.....                                                                  | 343             |
| § 5. Incompatibilité pour raison d'interdiction ou de déchéance<br>d'administrer . . . . .                                   | 349             |
| § 6. Interdiction pour les commissaires inscrits d'exercer la fonc-<br>tion d'administrateur . . . . .                       | 352             |
| § 7. Interdiction générale d'exercer les fonctions d'administrateurs                                                         | 355             |
| § 8. Complicité et tentative . . . . .                                                                                       | 361             |
| § 9. Survenance d'une incompatibilité ou interdiction.....                                                                   | 363             |
| § 10. Circonstances atténuantes. Sursis. Cumul d'infractions.<br>Action civile jointe . . . . .                              | 369             |
| <i>Section II.</i> — Délit de non-désignation d'un commissaire inscrit...                                                    | 373             |
| <i>Section III.</i> — Délit d'information mensongère.                                                                        |                 |
| § 1. Texte légal . . . . .                                                                                                   | 375             |
| § 2. Les éléments du délit . . . . .                                                                                         | 377             |
| A) Information donnée sur la situation de la société.....                                                                    | 378             |
| B) Caractère mensonger de l'information . . . . .                                                                            | 386             |
| C) La mauvaise foi intervenant . . . . .                                                                                     | 389             |
| § 3. Point de départ du délit. Circonstances atténuantes. Compli-<br>cité . . . . .                                          | 392             |
| <i>Section IV.</i> — Délit de non-révélation au Parquet.                                                                     |                 |
| § 1. Texte légal et appréciation . . . . .                                                                                   | 395             |
| § 2. Les éléments du délit.                                                                                                  |                 |
| A) Existence d'un fait délictueux . . . . .                                                                                  | 405             |
| B) Connaissance du fait par le commissaire . . . . .                                                                         | 413             |
| C) Abstention du commissaire . . . . .                                                                                       | 416             |
| § 3. Caractère individuel. Complicité. Prescription . . . . .                                                                | 417             |
| <i>Section V.</i> — Délit de violation du secret professionnel.                                                              |                 |
| § 1. Texte légal et ancienne jurisprudence . . . . .                                                                         | 420             |
| § 2. Difficultés d'application et solution . . . . .                                                                         | 422             |
| <i>Section VI.</i> — Publication ou présentation aux actionnaires d'un<br>bilan inexact.                                     |                 |
| § 1. Texte légal. Champ d'application . . . . .                                                                              | 425             |
| § 2. Eléments du délit.                                                                                                      |                 |
| A) Bilan inexact . . . . .                                                                                                   | 430             |
| B) Publication du bilan . . . . .                                                                                            | 438             |
| C) La mauvaise foi intervenant . . . . .                                                                                     | 441             |
| § 3. Complicité . . . . .                                                                                                    | 445             |
| <i>Section VII.</i> — Infraction à la règle de fixité des bilans et mode de<br>présentation du compte des pertes et profits. |                 |
| § 1. Textes légaux. Position du problème . . . . .                                                                           | 446             |
| § 2. Portée des mesures adoptées . . . . .                                                                                   | 453             |
| § 3. Modifications autorisées . . . . .                                                                                      | 460             |
| § 4. Sanctions . . . . .                                                                                                     | 463             |
| <i>Section VIII.</i> — Atteinte au droit préférentiel de souscription.                                                       |                 |
| § 1. Texte légal. Champ d'application . . . . .                                                                              | 473             |
| § 2. Eléments du délit . . . . .                                                                                             | 478             |
| A) Indication donnée ou confirmée . . . . .                                                                                  | 479             |
| B) Indication inexacte . . . . .                                                                                             | 482             |
| C) Indication inexacte donnée sciemment . . . . .                                                                            | 483             |
| D) Corrélation entre l'indication inexacte et les bases de<br>calcul du taux d'émission . . . . .                            | 485             |
| § 3. Prescription. Tentative. Sanction . . . . .                                                                             | 488             |



## TITRE QUATRIÈME

### L'action en responsabilité

|                                                                             |     |
|-----------------------------------------------------------------------------|-----|
| Les différentes actions en responsabilité .....                             | 493 |
| CHAPITRE PREMIER. — Fondement des actions en responsabilité.....            | 494 |
| CHAPITRE DEUXIÈME. — L'action sociale ou de mandat .....                    | 502 |
| <i>Section première.</i> — Action exercée par la société elle-même.....     | 503 |
| <i>Section II.</i> — Action exercée par un groupement légal d'actionnaires. |     |
| § 1. La société est <i>in bonis</i> .                                       |     |
| A) Exercice de l'action .....                                               | 509 |
| B) Obstacle à l'exercice de l'action .....                                  | 524 |
| C) Champ d'application .....                                                | 534 |
| § 2. La société est en liquidation .....                                    | 537 |
| § 3. La société est en faillite .....                                       | 538 |
| <i>Section III.</i> — Action exercée par un actionnaire individuellement..  | 550 |
| <i>Section IV.</i> — Action exercée par une société civile.....             | 551 |
| <i>Section V.</i> — Action exercée par les créanciers sociaux.....          | 552 |
| CHAPITRE TROISIÈME. — L'action individuelle ou <i>ex delicto</i> .....      | 556 |
| CHAPITRE QUATRIÈME. — Compétence .....                                      | 564 |
| <i>Section première.</i> — Compétence <i>ratione materiae</i> .....         | 565 |
| <i>Section II.</i> — Compétence <i>ratione loci</i> .....                   | 581 |
| CHAPITRE CINQUIÈME. — Le quitus .....                                       | 588 |
| CHAPITRE SIXIÈME. — La prescription .....                                   | 595 |
| <i>Section première.</i> — Prescription de l'action publique.....           | 596 |
| <i>Section II.</i> — Prescription de l'action civile .....                  | 598 |
| § 1. L'action civile jointe .....                                           | 599 |
| § 2. L'action civile principale .....                                       | 601 |
| A) Les faits n'ont pas été relevés .....                                    | 603 |
| B) Les faits ont été relevés .....                                          | 606 |

## TITRE CINQUIÈME

### Limitation des risques professionnels des commissaires aux comptes

|                                                                     |     |
|---------------------------------------------------------------------|-----|
| Division du titre .....                                             | 611 |
| CHAPITRE PREMIER. — Appel à l'assemblée générale .....              | 612 |
| CHAPITRE DEUXIÈME. — Le recours aux tribunaux .....                 | 626 |
| CHAPITRE TROISIÈME. — Démission du commissaire .....                | 636 |
| CHAPITRE QUATRIÈME. — L'assurance en matière de responsabilité..... | 641 |

|                                                           |       |
|-----------------------------------------------------------|-------|
|                                                           | Pages |
| Tableau chronologique des arrêts et jugements cités ..... | 405   |
| Table des textes légaux reproduits ou cités .....         | 413   |
| Bibliographie .....                                       | 417   |
| Index alphabétique .....                                  | 419   |
| Table des abréviations .....                              | 440   |
| Table des matières .....                                  | 441   |











